HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN IUSFILOSÓFICA MODERADA DE LOS DERECHOS HUMANOS

FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS LEGAL PHILOSOPHER

Rogelio López Sánchez[1]

SUMARIO: Introducción; I. El iusnaturalismo y el iuspositivismo como corrientes clásicas en la fundamentación de los Derechos Humanos; II. El desarrollo iusfilosófico de los derechos humanos; III. Hacia una fundamentación iusfilosófica moderada de los derechos humanos; IV. Análisis crítico y conclusiones. Fecha de recepción: 15/02/2009- Fecha de aceptación:19/03/2009.

RESUMEN: El complejo y controvertido debate sobre la fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos trae a nuestra discusión diversos y sugestivos planteamientos, mismos que se desarrollan en el presente trabajo, desde la perspectiva de la filosofía del derecho.

[1] Profesor de Derechos Fundamentales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Secretario Académico de la Revista *Isotimia* (Revista Internacional de Filosofía Política y Jurídica) UANL-EGAP, Exbecario del CONACYT IdB: 12303, investigador-colaborador del Área de Filosofía del Derecho del Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas de la UANL.

ABSTRACT: The complex and controversial debate on the merits of human rights legal philosopher brings to our discussion and suggesting various approaches, they are developed in this work, from the perspective of philosophy of law.

PALABRAS CLAVES: Derechos humanos, filosofía jurídica.

KEYWORDS: Human rights, legal philosophy.

Introducción

El complejo y controvertido debate sobre la fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos trae a nuestra discusión diversos y sugestivos planteamientos tales como: ¿Es posible una fundamentación única en materia de derechos humanos? ¿Los derechos humanos son producto de una reflexión filosófica abstracta o de conquistas y reivindicaciones sociales, políticas y jurídicas concretas? ¿Existe alguna clase de ética mínima que fundamenta las Declaraciones de Derechos Humanos nacionales e internacionales? El presente artículo trata de responder las interrogantes planteadas.

El debate iusfilosófico sobre la conceptualización de los derechos humanos resulta bastante prolija[2]. En primer lugar, considero que cada los términos: *derechos humanos, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos, derechos naturales, libertades públicas, derechos morales, derechos individuales, derechos del ciudadano*, no son "expresión pura de una decisión lingüística, sino que todos ellos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un contexto histórico de unos intereses, de unas ideologías y de unas posiciones científicas o filosóficas de fondo"[3].

Considero que es necesario ofrecer un concepto mínimo de derechos humanos para dar solución a las cuestiones que pretendemos resolver. De este modo, podemos definir a los derechos humanos como:

> *Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben de ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*[4].

Este concepto tiene un fundamento filosófico preciso y claro proveniente de las ideas del liberalismo político, el movimiento ilustrado y el contractualismo moderno. Sin duda, estas

[2] Puede consultarse parte de este interesante debate en: LAPORTA, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* No.4, Alicante, 1987, pp. 23-46; Entre algunas otras obras de gran relevancia: PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001; PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1999; CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 2004; *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos,* Madrid, Trotta, 2007.

[3] PECES-BARBA, MARTINEZ, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 35.

[4] PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.,* p. 48

ideas lograron ser cristalizadas por movimientos sociales y/o políticos, edificando los tres grandes paradigmas en materia de derechos humanos: el modelo inglés, el americano y el francés.

De igual forma, el concepto de Derechos Humanos contiene una igual vaguedad e imprecisión similar, lo cual ha sido consecuencia de "un cierto abuso lingüístico; pero representa también una característica de la función histórica que ha desempeñado como traducción jurídica de las exigencias morales más importantes que en cada momento han pretendido erigirse en criterio fundamental para medir la legitimidad de un modelo político [...] determinar el contenido de los derechos, no es un problema teórico conceptual, sino ideológico o de fundamentación"[5].

I. El iusnaturalismo y el iuspositivismo como corrientes clásicas en la fundamentación de los Derechos Humanos

Entre los filósofos políticos y del derecho, la reflexión y análisis sobre la fundamentación de los derechos humanos plantea el problema de la relación entre la moral y el derecho[6], o en última instancia, la fundamentación ética del derecho; es decir, la influencia que tienen los principios morales en el derecho positivo vigente[7].

El planteamiento inicial abordado en este apartado, tiene íntima relación con la filosofía del derecho; por lo que antes de continuar, nos gustaría hacer una precisión sobre dos de las corrientes iusfilosóficas mayormente difundidas: el *iusnaturalismo*[8] y el *iuspositivismo*. Las corrientes iusnaturalistas tienen una característica en común: "la creencia en un orden suprapositivo de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento jurídico"[9]. Así mismo, el maestro Norberto Bobbio, ya había afirmado con gran precisión que, el iusnaturalismo admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, mientras que el positivismo jurídico es aquella corriente que no admite esta distinción, por lo tanto, afirma que no existe otro derecho que el positivo[10]. De

[5] PRIETO SANCHÍS, Luís, "Derechos fundamentales", en *El derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 508.

[6] Algunos filósofos del derecho que aceptan una conexión entre el derecho y la moral se encuentran: Garzón Valdés, Neil MacCormick, Theodor Viehweg, Santiago Nino, Joseph Raz, Robert Alexy, Pérez Luño, por otra parte, entre quienes sostienen que tal nexo no existe están: Roberto Vernego, Eugenio Bulygin, Diego Farell, Eduardo Rabossi. *Vid*. VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y Moral*, Barcelona, Gedisa, 1998.

[7] AGUILERA PORTALES, Rafael, "Estudio introductorio" en ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.

[8] Dentro del iusnaturalismo existen dos divisiones: el *iusnaturalismo ontológico y el iusnaturalismo deontológico.* Haremos las precisiones sobre estas dos clasificaciones en líneas posteriores.

[9] AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "Posibilidad, sentido y actualidad de la Filosofía del Derecho" en *Revista IUS ET PRAXIS*, Talca, Universidad de Talca, año 13, nº2, 2007, p. 19.

[10] BOBBIO, Norberto, *Problema del positivismo giuridico*, *El problema del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 18.

esta manera, el concepto de derecho positivo resultaría incomprensible si no lo contraponemos al de derecho natural[11].

En este sentido, estamos convencidos que esta atractiva y sugerente discusión nos remonta a una reflexión sobre la compleja e innegable interrelación que han tenido históricamente el *derecho, la ética y la política*. Por esta razón, la corriente iusnaturalista siempre ha afirmado la unidad que debe tener el derecho y la moral, mientras que el iuspositivismo fuerte o radical ha sostenido todo lo contrario.

El debate sobre la relación entre el derecho y la moral podemos remontarlo a la época clásica griega. Un claro ejemplo lo encontramos en la famosa tragedia *Antígona* de Sófocles, donde se plantea un conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo[12], el caso de Sócrates, que representó el primer caso público de desobediencia ética al derecho[13] en la antigua Grecia[14], entre otros.

Durante la Edad Media surge el *iusnaturalismo teológico* como pensamiento predominante en los juristas. De esta forma, "el derecho natural es considerado superior al positivo en cuanto al primero no es visto ya como simple Derecho común, sino como una norma fundada en la misma voluntad de Dios en el corazón de los hombres"[15]. Por otra parte, los conceptos básicos para comprender esta clase de iusnaturalismo, fundado en la ideología de Santo Tomás de Aquino[16] y los demás doctos de la iglesia católica como Agustín de Hipona[17], parten de la visión y distinción entre *lex humana, lex naturalis y lex divina*[18].

---

[11] BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra,* (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Madrid, Debate, 1998, p. 35.

[12] El conflicto se presenta cuando el Rey de Tebas, Creonte, prohíbe hacer ritos fúnebres al cuerpo de Polinices, como castigo por traición a su patria. Es cuando Antígona, hermana de Polinices, argumentando un derecho divino, desobedece la ley de Tebas, dando sepultura a al cuerpo de Polinices, sufriendo las consecuencias de haber desobedecido la ley positiva. SOPHOCLES, *The Antigone*, (translated into english Rayming verse with introduction and notes by Gilbert Murray), New York, Oxford University press, 1941.

[13] Sobre el tema de la desobediencia ética y su diferencia con la desobediencia civil, puede consultarse el interesante desarrollo histórico que se realiza en el siguiente artículo: AGUILERA PORTALES, Rafael, "La Constitución y la desobediencia civil como proceso en la defensa de los Derechos fundamentales" en *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, Universidad Javeriana, Vol. VI, 2006, pp. 93-115.

[14] Platón fue el encargado de recopilar la mayor parte del pensamiento socrático en los famosos diálogos. La argumentación de Sócrates en contra de su acusación se encuentra en: PLATÓN, *Apología de Sócrates…,* (versión castellana de Tomás Meabe), París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1910.

[15] BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit*., p. 43.

[16] TOMAS DE AQUINO, *La ley* (versión castellana y notas explicativas de Constantino Fernández-Alvar), Labor, Barcelona, 1936; *Suma teológica*, (traducción directamente del latín por Hilario Abad de Aparicio), Madrid, Moya y Plaza editores, 1883.

[17] SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios* / del gran padre y doctor de la iglesia San Agustín, Obispo de Hipona; (tr. Joseph Cayetano Díaz de Beyral y Bermúdez), 22 t. en 12 vol., Imprenta Real, México, 1793-1797. "La filosofía de la historia de San Agustín le obligaba a admitir que los imperios precristianos habían sido –en un cierto sentido- estados, pero para él era claro que no podían haberlo sido en el pleno sentido de la palabra que era aplicable después del establecimiento del cristianismo […] el carácter cristiano del Estado estaba inserto en el principio universalmente

El tránsito a la modernidad, como bien lo ha sugerido el maestro GREGORIO PECES BARBA, replantea las relaciones entre los particulares y el Estado. Los rasgos que caracterizan a este periodo fueron: el proceso de secularización y racionalización del derecho, la idea de la autonomía de la voluntad y de derecho subjetivo, el surgimiento de la burguesía como clase dominante, la codificación del derecho privado, el proceso de positivación y coactividad del derecho, la tolerancia, y la distinción del derecho y la moral[19].

Podemos distinguir dos clases de iusnaturalismo: el *iusnaturalismo ontológico, radical, medieval* o *dogmático y el iusnaturalismo racionalista, crítico, mecanicista, deontológico o moderado.* Los dos iusnaturalismos aceptan que existe un nexo necesario entre el derecho y la moral, puesto que la validez del derecho se fundamenta en última instancia en la moral[20].

En primer lugar, el iusnaturalismo ontológico, dogmático o radical postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretenden derivar valores y principios materiales universalmente válidos. En segundo lugar, el iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado, sin negar la juridicidad del derecho positivo injusto, establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y substitución por un orden jurídico justo[21]. Este último según el profesor Pérez Luño, es la versión más sostenible en sociedades abiertas y pluralistas actuales, debido a que ofrece un concepto de juridicidad general y comprensivo de derecho y de las pautas axiológicas que en él confluyen.

El positivismo jurídico, nace precisamente como consecuencia del proceso de secularización que se produce con la modernidad y que se potenciará con el movimiento ilustrado[22]. El proceso del positivismo jurídico podemos situarlo en el pensamiento filosófico-jurídico de Thomas Hobbes. Esta corriente iusfilosófica tiene diversos orígenes y fuentes. En Alemania se encuentra la Escuela histórica del Derecho y la filosofía de su máximo representante Savigny, el movimiento de codificación del derecho de *Thibaut*. En Francia: el Código de Napoleón en 1804, la escuela de la exégesis, entre otros aportes. En Inglaterra destacan: el pensamiento filosófico-político del Estado por parte de los filósofos

---

admitido de que su finalidad es realizar la justicia y el derecho", SABINE, George, *Historia de la Teoría Política*, México, FCE, 1982, p. 149.

[18] AGUILERA PORTALES, Rafael, "Posibilidad, sentido y actualidad de la Filosofía del Derecho", *op. cit.*, p. 19.

[19] *Vid*. PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, "Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales: El Derecho como Ley y el derecho subjetivo", Cap. I, vol. I, T. I, en *Historia de los derechos fundamentales*, PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA et. al. (cords.), Madrid, Dykinson, 2001, pp. 225 y ss.

[20] FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS, Rafael, "Iusnaturalismo y positivismo jurídico" en PECES-BARBA, Gregorio, FERNANDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael (Comps.) *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, pp. 293-318.

[21] PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Teoría del derecho (Una concepción de la experiencia jurídica*), Madrid, Tecnos, 1997, p. 37.

[22] PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 242.

iusnaturalistas como Hobbes y Locke, la filosofía utilitarista de Bentham y la ideología filosófico-jurídica de John Austin[23].

En las primeras décadas del siglo pasado, uno de los máximos más destacados representantes del positivismo jurídico fue Hans Kelsen. Este autor pretendió realizar una separación drástica y radical entre el derecho y la moral, con la intención de elaborar una *teoría del derecho* "purificada de toda ideología y de todo elemento científico-natural"[24]. El movimiento positivista, tuvo su máximo auge durante la primera mitad del siglo XX y pasada la Segunda Guerra Mundial, este modelo comenzó a agotarse. Las deficiencias y críticas positivismo, provienen de las tesis legalista y formalista[25] que obliga a los destinatarios de las normas a aceptarlas sin importar su contenido. La tradición romano-germana estatalista ha propuesto aceptar el derecho positivo como válido por el simple hecho de que el Parlamento es el órgano legitimado democráticamente para la producción de las normas. Por otra parte, en la tradición anglosajona del *common law* existe una mayor libertad para los jueces a la hora de llevar a cabo su labor interpretativa y donde actúan como contrapeso frente al parlamento.

Los regímenes dictatoriales de la mayor parte del siglo XX legitimaban su autoridad bajo el argumento principal de que estaban cumpliendo con el imperio de la ley. A partir de estos acontecimientos los juristas volvieron a replantearse la antigua discusión sobre la necesaria y olvidada conexión entre el derecho y la moral; es decir, no bastaba que una ley cumpliera con los requisitos formales para ser válida, sino que era necesario que satisfaciera requerimientos mínimos que invocaban un mínimo de moralidad. Un claro ejemplo de ello fueron las exigencias por parte de la comunidad mundial de un contenido ético mínimo plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

En resumen, se distinguen cinco momentos que caracterizan al positivismo jurídico[26]: a) asunción del dogma de la omnipresencia del legislador; b) la crítica al Derecho natural; c) el movimiento a favor de la codificación; d) el abandono del Derecho natural; y e) la escuela de la exégesis, en la que aparece ya expresado el postulado de que no hay más derecho que el positivo.

II. El desarrollo iusfilosófico de los derechos humanos

La filosofía ha tenido un papel imprescindible en el desarrollo y contenido de los derechos humanos. La línea evolutiva que siguen los derechos humanos inicia con la *positivación* de los derechos naturales. El iusnaturalismo de tipo racionalista servirá a las distintas

[23] BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico, op. cit*., pp. 61-129.
[24] KELSEN, Hans, "Prólogo a la primera edición" de *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 7.
[25] Resulta claro que, el agotamiento y crisis del positivismo jurídico va más allá de esta tesis. Al respecto puede verse: SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006.
[26] ASÍS ROIG, Rafael, "Estudio Preliminar" en BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*…, *op. cit*., p. 13.

revoluciones liberales para inspirar su programa político. Paulatinamente, en las distintas Declaraciones de Independencia y Constituciones, se lograrán plasmar los ideales de libertad, igualdad y fraternidad que eran inspirados por pensadores y filósofos.

Las teorías contractualistas formarán nuevos principios que servirán para transformar las relaciones sociales, políticas y jurídicas existentes. Otra de las características de estas teorías es la filosofía individualista de signo claramente renacentista, donde el ser humano será considerado como sujeto de derechos por el simple hecho de ser persona (dignidad humana).

Los aportes de la filosofía contractualista justificarán la existencia de principios básicos para la convivencia y organización política. El contrato social servirá como una metáfora para comprender la organización política y de esta forma, justificar la defensa de ciertos bienes como la vida, la libertad y la propiedad. La teoría del contrato social ha sufrido paulatinamente ciertas transformaciones. A esta evolución podemos dividirla en tres procesos: la *teoría del contrato social absolutista, la liberal y la democrática*. Del lado de la versión absolutista se hallan pensadores como: H. Grocio, S. Pufendorf, T. Hobbes, y B. Spinoza, por otra parte, John Locke representa la teoría del contrato social liberal, concluyendo con Immanuel Kant y Rosseau, dentro de la teoría del contrato social democrático[27].

Hobbes pertenece por antonomasia, a la versión absolutista a la clase de pacto social absolutista, e incluso autores contemporáneos han hecho hincapié en la metáfora del contrato social hobbesiano para fundamentar los derechos humanos[28]. En su obra más importante, el *leviathan*, describe los rasgos característicos de esta clase de pacto social:

> *La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor a castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza establecidas […] la Esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de*

[27] FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, "La aportación de las teorías contractualistas", en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, V. II, T. II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.,* p. 21.

[28] Me refiero especialmente, al distinguido filósofo del derecho, Luigi Ferrajoli, quien ha propuesto una redimensión de los criterios axiológicos que fundamentan los derechos fundamentales: *la igualdad, democracia, la paz y la tutela del más débil*; éste último hace referencia, obviamente a la filosofía política de Thomas Hobbes. He realizado un análisis al respecto en el capítulo II de esta Tesis. *Vid*. FERRAJOLI, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", *op. cit*., pp. 314 y ss.

> *que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y la defensa común*[29].

Thomas Hobbes tiene una visión negativa del hombre, por esta razón, el fin del Estado será brindar seguridad a cambio de que los individuos cedan sus derechos y libertades a ese *Leviathan*. La concepción de contrato social en Hobbes tiene su justificación en la época en que fueron concebidas sus ideas; Inglaterra atravesaba por un periodo absolutista, recuérdese la dinastía de los Tudor durante gran parte la mitad del siglo XVI y parte del XVII. El *Leviathan* fue concebido en "una época de autoafirmación individual dura y cruel; es pues, una época violenta en la cual los excesos egoístas de los monarcas son igualados por la turbulencia de los súbditos. El derecho divino de los reyes afirma ferozmente su autoridad sobre los derechos divinos de la conciencia y la razón"[30].

Continuando con esta línea de pensamiento, hacemos referencia a la obra más conocida de Hugo Grocio: De *iure belli ac pacis*[31] (De la guerra y la paz) en esta obra el autor habla de la legitimación del poder político del soberano, imponiendo el deber inexcusable de obediencia a los súbditos. Es precisamente esta característica de obediencia incondicional, sin plantearse ningún tipo de derecho de resistencia frente a la autoridad, lo que distinguirá a esta clase de contractualismo absolutista. El referido autor utilizaba el principio aristotélico de sociabilidad humana para fundamentar su teoría[32].

Otro de los teóricos del contractualismo absolutista, aunque de tipo moderado, es Samuel Pufendorf. El referido autor se ubica dentro de la línea de un iusnaturalismo racionalista. En sus obras más conocidas: *De jure naturae et gentium y De officio hominis et civis, juxta legem naturales libri duo,* plantea el fin de la sociabilidad humana:

> *La ley natural fundamental es ésta: que cada hombre debe cultivar y mantener en la medida en que se pueda la sociabilidad. En consecuencia, sea cual sea el fin, sean cuales sean los medios sin los que no se puede obtener el fin, todo lo que contribuye a esta sociabilidad necesariamente y en general son preceptivos por Derecho natural, y lo que estorba o quiebra se entiende como prohibido […] cuando se culmina la unión de voluntades y recursos, es precisamente cuando cobra vida la agrupación numerosa de personas en un mismo cuerpo, […] para que un Estado crezca de un modo regular se requieren dos pactos y una decisión […] el primero de todos, aquel grupo numeroso de personas que se entiende que han vivido en libertad natural cuando se reúnen para formar un Estado, hacen un pacto cada uno con cada*

[29] HOBBES, Thomas, *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Eclesiastical and Civil*, version cast. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, FCE, 1994, pp. 137 y 142.
[30] CROSSMAN, R. H. S., "El pensamiento político ingles e la tradición europea" en MAYER, J. P. (comp.) *Trayectoria del pensamiento politico*, México, FCE, 1976, pp. 125-126.
[31] GROTIUS, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis, On the Law of War and Peace*, III Book's., Translated by A. C. Campbell, London, 1814.
[32] FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, "La aportación de las teorías contractualistas", en *La filosofía de los derechos humanos*, *op. cit.,* p. 21.

> *uno de los otros de querer vivir en una unión permanente y administrar las bases de su supervivencia y seguridad con una resolución y dirección común*[33].

El fin principal en Pufendorf como en Hobbes al constituir el pacto social, era la supervivencia y la seguridad. Además, ambos rechazaron que pudiera existir alguna clase de derecho de resistencia del gobernado. Por último, Benito Spinoza forma parte la tradición de pensadores contractualistas de cuño absolutista que justificaban la existencia del Estado por medio de un pacto para el aseguramiento de ciertos derechos, como la vida, la integridad física y las libertades de pensamiento y expresión[34].

Uno de los pensadores que más influencia ejerció en las distintas Declaraciones de Derechos Humanos fue John Locke. El pensador inglés fue iniciador de la filosofía del liberalismo. Plasmó su ideario político y su visión de contrato social liberal en sus dos principales obras: *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (*Concerning Civil Government*) y *Ensayo sobre el entendimiento humano*[35] (*Concerning Human Understanding*). A diferencia de Thomas Hobbes, Locke inicia su *Ensayo sobre el Gobierno Civil* con una visión positiva sobre el estado de naturaleza humano:

> *El hombre […] tiene en ese estado de naturaleza una ley natural que lo gobierna y lo obliga; la razón, que es dicha ley, enseña a toda la humanidad […] que siendo todos iguales e independientes, nadie, deberá dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones*[36].

De esta forma, el poder político resultante de la unión de voluntades de ese pacto social, puede asegurar ciertos derechos naturales e inviolables como la vida, la libertad y la propiedad, mediante el establecimiento de la ley positiva[37]. Estos últimos filósofos (Hobbes y Locke) junto con Francis Bacon, formarán parte de la ilustración jurídica británica[38].

J. J. Rosseau e *Immanuel Kant* son parte de la teoría democrática del contrato social. El filósofo ginebrino y el profesor de Könisberg, formarán parte del proyecto ilustrado de la modernidad. El movimiento revolucionario francés y la *Declaración de los Derechos del*

---

[33] PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civis, juxta legem naturalem libri duo, De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, (estudio preliminar y trad. de Salvador Rus Rufino), Madrid, CEPC, 2002, pp. 35 y 125.

[34] SPINOZA, Benedictus de, *Tratado teológico-político*, (trad., introducción, notas e índices de Atilano Domínguez), Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 40 y ss.

[35] LOCKE, John, *An essay concerning human understanding,* (collated and annotated, with prolegomena, biographical, critical, and historical by Alexander Campbell Fraser), New York, Dover Publications, 1959.

[36] LOCKE, John, *Two treases of government,* (Reprinted the sixth time by A. Millar, M. Woodfall, *et. al*., London, Cambridge, 1764, pp. 196 y ss.

[37] *Ibidem*., p. 162 y ss.

[38] La corriente del siglo XVIII de la ilustración jurídica de la Europa continental, presenta características muy similares a la ilustración jurídica que se presenta en Bretaña durante el siglo XVII y posteriores. "La idea de que la tarea de los jueces consiste en interpretar la ley mediante su aplicación, reservando la tarea de su creación en otras instituciones, y la defensa del valor de certidumbre del Derecho ya se estaban configurando en el siglo XVII". DE PÁRAMO ARGUELLES, Juan Ramón, "La Ilustración británica", en *El contexto social y cultural de los derechos*. *Rasgos generales de evolución*, Cap. III, V. I, T.II, *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit*., p. 297.

Hombre y del Ciudadano de 1789 retomarán diversos aspectos y criterios de su filosofía contractualista-democrática. En sus obras más conocidas: *El contrato social o principios de derecho político* y el *Discurso sobre el origen de la desigualdad,* Rosseau plasmó la mayor parte de su filosofía política. Para el pensador ginebrino, el contrato social representará una forma de asociación civil en la cual los derechos naturales (iusnaturalismo racionalista) y las libertades de los individuos son parte del pacto social:

> *Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja la fuerza común de la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes*[39].

Además de su visión contractualista, Rosseau adhirió la teoría de la voluntad general en la creación del derecho positivo. De esta forma, los súbditos tenían la oportunidad de participar en la creación de la ley positiva en la que estarían plasmados sus derechos. Esta visión estatalista de los derechos humanos fue llevada al extremo durante el periodo posrevolucionario francés. El carácter legicentrista del modelo de derechos humanos francés fue producto de los excesos de los congresistas y revolucionarios al dar mayor importancia al parlamento (donde era depositada la voluntad popular por excelencia) sobre los otros poderes. Una situación distinta vivió Inglaterra, ya que el poder judicial ha tenido una tradición jurisprudencial efectiva; o el caso de Estados Unidos de Norteamérica, donde el sistema de frenos y contrapesos creado por los padres fundadores de esta nación, dio una considerable efectividad a eficacia de los derechos fundamentales. Así las cosas, Rosseau sienta las bases para la comprensión del derecho en la clave del positivismo jurídico, en su primer momento esencialmente voluntarista[40], y configura junto con otros autores de su tiempo, el modelo del futuro *Estado Constitucional*.

Una de las principales diferencias de Rosseau con los otros pensadores fueron los valores que eran protegidos por el pacto social. Para el pensador ginebrino, la propiedad no debía ser considerada como parte de los valores jurídicamente tutelados, tal idea se desprende del *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*.

> *el rico, apremiado por la necesidad, concibió al fin el proyecto más premeditado que haya nacido jamás en el espíritu humano: emplear en su provecho las mismas fuerzas de quienes le atacaban, hacer de sus enemigos sus defensores, inspirarles otras máximas y darles otras instituciones que fueran para él tan favorables como adverso érale el derecho natural.*
>
> *Con este fin, después de exponer a sus vecinos el horror de una situación que los armaba a todos contra todos, que hacía tan onerosas sus propiedades como sus necesidades, y en la cual nadie podía hallar seguridad ni en la pobreza ni en la riqueza, inventó fácilmente especiosas razones para conducirlos al fin que se proponía. «Unámonos -les dijo- para proteger a los*

[39] ROSSEAU, Jacob, *El Contrato Social*, Libro I, Capítulo VI, París, Garnier, 1909, p. 197.
[40] RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel, "Rosseau, Estado de Derecho, democracia y derechos", en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo IX, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.,* pp. 287-288.

> *débiles contra la opresión, contener a los ambiciosos y asegurar a cada uno la posesión de lo que le pertenece; hagamos reglamentos de justicia y de paz que todos estén obligados a observar, que no hagan excepción de nadie y que reparen en cierto modo los caprichos de la fortuna sometiendo igualmente al poderoso y al débil a deberes recíprocos. En una palabra: en lugar de volver nuestras fuerzas contra nosotros mismos, concentrémoslas en un poder supremo que nos gobierna con sabias leyes, que proteja y defienda a todos los miembros de la asociación, rechace a los enemigos comunes y nos mantenga en eterna concordia*[41]

Uno de los filósofos más influyentes en el periodo de la ilustración fue Immanuel Kant. El filósofo de Könisberg coincidía en la existencia de un pacto social previo a la creación del Estado:

> *El problema mayor del género humano, a cuya solución le constriñe la Naturaleza, consiste en llegar a una SOCIEDAD CIVIL que administre el derecho en general […] una sociedad que compagine la máxima libertad, es decir, el antagonismo absoluto de sus miembros, con la más exacta determinación y seguridad de los límites de la misma, para que sea compatible con la libertad de cada cual*[42].
>
> *El acto por el cual el pueblo mismo se constituye como Estado, es el contrato originario. Esto es propiamente hablando, sólo la idea de éste, por la cual, el derecho absoluto de un proceso por el cual organizan una Constitución, puede ser concebible. De acuerdo a ésta representación, todos y cada uno de los miembros del pueblo, renuncian a su libertad exterior para el bienestar común. El bienestar común es el pueblo visto en conjunto dentro de un Estado*[43].

Y en relación con su concepción democrática de contrato social, más adelante añade:

> *El poder legislativo, visto como principio racional, pertenece solamente a la voluntad unida del pueblo. Debido a que de él debe proceder todo derecho, es necesario que éste no actúe injustamente con nadie mediante su ley*[44].

El aporte quizá más significativo de la filosofía kantiana, es el carácter de *universalidad* que le otorga a los derechos naturales. El concepto mismo de derecho como la *obligación universal de todos, de actuar conforme a la libertad de todos según las leyes universales*[45]

---

[41] ROSSEAU, Jacob, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Segunda Parte, Madrid, Calpe, 1923, pp. 38-39.

[42] KANT, Immanuel, "Idea de una historia universal en sentido cosmopolita" en *Filosofía de la historia, (*trad. Eugenio Ímaz), México, FCE, 2004, pp. 48-49.

[43] KANT, Immanuel, *The Philosophy of law. An exposition of the principles of jurisprudence as the science of right,* (trad. W. Hastie, B. D., T. & T. CLARK), Edinburgh, 1887, p. 169.

[44] *Ibid*. p. 166.

[45] KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, (trad. de G. Lizarraga), Madrid, Libreria de Victoriano Suárez, 1873, p. 44. Según Kant, el principio universal del derecho consiste en que:

resume el imperativo categórico formulado en sus obras: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y *Crítica de la razón práctica*, en las cuales señalaba:

> *Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio […]* y más adelante insiste *[…] el fundamento de toda legislación práctica hallase objetivamente en la regla y en la forma de la universalidad, que la capacita para ser una ley (siempre una ley natural), según el primer principio; hállase, empero, subjetivamente en el fin. Mas sujeto de todos los fines es todo ser racional, como un fin en sí mismo, según el segundo principio; de donde sigue el tercer principio práctico de la voluntad, como condición suprema de la concordancia de la misma con la razón práctica universal, la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora*[46].
>
> *La ley moral es santa (inviolable). El hombre, en verdad, está bastante lejos de la santidad; pero la humanidad en su persona tiene que serle santa. En toda la creación puede todo lo que se quiera y sobre lo que se tenga algún poder, ser también empleado sólo como medio; únicamente el hombre, y con él toda la criatura racional, es fin en sí mismo. Él es, efectivamente, el sujeto de la ley moral, que es santa, gracias a la autonomía de su libertad*[47].

El profesor de la Universidad de Heidelberg, formuló el imperativo categórico antes descrito. De aquí se desprende la formulación del valor de la *dignidad humana* como uno de los principios elementales que fundamentan los derechos humanos. Sin duda alguna, la filosofía kantiana representará la consagración del proceso evolutivo del iusnaturalismo racionalista. "En Kant se cumple y culmina el proyecto humanista de la Modernidad; por eso, su doctrina expresa algunos de los postulados básicos ilustrados: la racionalidad como fundamento de los derechos y de las instituciones jurídicas y políticas, la universalidad como ámbito de su ejercicio y la paz como meta de la convivencia social interna y externa […] la dignidad implica, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. De ahí la dignidad del hombre represente el principio legitimador de los derechos de la personalidad"[48].

"Una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal" KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, (trad. cast. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 39.

[46] KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. de Manuel García Morente), Santa Fe, Argentina, El Cid Editor, Colección de Clásicos en español, 2003, pp. 75 y 79.

[47] KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, (trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra), México, Porrúa, 2003, p. 170.

[48] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, "El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos", en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo XIII, V. II, T. II, *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.,* p. 452; PÉREZ SÁNCHEZ, María Cristina, *Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: J.J. Rousseau, I. Kant y la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou,* Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Constitucional, 2004, 658 pp.; DOTTI, Jorge E., "Observaciones

Mas adelante, formulará el paradigma del universalismo cosmopolita donde expondrá un derecho de ciudadanía mundial[49]. Cabe señalar que el pensamiento del filósofo alemán, sentó las bases para el cambio de paradigma de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, que hoy en día se plantea la comunidad internacional en las distintas Declaraciones de Derechos y Pactos a nivel internacional, incluso la Unión Europea ha sido modelo en la formulación de este ideal kantiano[50].

Montesquieu fue otro de los grandes pensadores del siglo de las luces que ayudó a configurar el modelo de Estado Constitucional. El pensador francés no difiere demasiado de sus contemporáneos, pues concibe a las leyes como las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas, y su espíritu eran los casos particulares en que se aplicaba la misma razón humana[51]. La influencia intelectual durante el siglo XVIII ocurrida en Europa con el movimiento ilustrado, ayudó significativamente a preparar el camino de las ideas que seguirían los artífices de las revoluciones americana y francesa.

Durante el último cuarto del siglo XVIII en el continente americano, las colonias inglesas y españolas recibían la influencia de la ilustración. Otros pensadores como Thomas Paine, aportaron parte de su pensamiento a las ideas de independencia de la nación recién liberada[52].

Hasta aquí, se han esbozado algunas ideas que trataron de construir el pensamiento filosófico contractualista, iusnaturalista e ilustrado que representa el proyecto de los derechos humanos en la modernidad. Los valores de igualdad, libertad, fraternidad y seguridad alcanzaron su consagración en la Ilustración. Claro que con esto, no sugerimos que estos valores no hayan existido con anterioridad, sino que fue hasta la etapa de la modernidad, cuando la concepción medieval y estamental de los derechos y libertades del

---

sobre Kant y el liberalismo", en *Araucaria*, Primer semestre, año/ vol. 6, número 013, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 4-12.

[49] KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, (trad. F. Rivera Pastor), México, Porrúa, 2003, p. 265. *Vid*. KANT, Immanuel, *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime*, edición bilingüe alemán-español, (traducción, estudio introductorio, notas e índice analítico de Dulce María Granja Castro, con revisión técnica de la traducción de Peter Storandt), México, FCE, UAM, UNAM, 2005, pp. 81-110; LLANO ALONSO, Fernando H. *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant,* Dykinson, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2002.

[50] *Vid*. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "La Encrucijada de la Ciudadanía Constitucional Europea a través del Pensamiento Federalista", en *La reforma de estado. experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2008.

[51] MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tomo I, Paris, Garnier Hermanos, 1908, pp. 2-8.

[52] Paine criticó los excesos de la monarquía inglesa para con las colonias inglesas del nuevo continente. En sus dos principales obras: *Sentido común y Los derechos del hombre* plasma el ideario liberal y democrático que caracterizaría el periodo ilustrado. En este último trabajo, formula la famosa réplica contra las críticas del filósofo conservador Edmund Burke a la Revolución Francesa. *Vid*. PAINE, Thomas, *Rights of man, Los derechos del hombre*, con introducción de H. N. Brailsford, (trad. José Antonio Fernández de Castro y Tomas Muñoz Molina), México, FCE, 1986; BURKE, Edmund, *Reflections on the revolution in France,* New York, Prometheus Books, 1987, (versión cast. *Reflexiones sobre la revolución de Francia*, nueva edición revisada por J .A. A.), México, Martín Rivera, 1826; FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, "La polémica Burke-Paine, en *La filosofía de los derechos humanos*, C. XI, V. II, T. II, *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit.,* pp. 369-416.

ser humano como propiedades del feudo, fueron transformándose progresivamente hasta convertir al hombre en sujeto de derechos, por el simple hecho de ser humano. Bien lo refiere el profesor Peces-Barba:

> *El iusnaturalismo protestante y la filosofía de la Ilustración serán dos vehículos intelectuales que construirán ese nuevo acervo jurídico, que influirá decisivamente en la consolidación de las primeras generaciones de los derechos, en crítica radical a la cultura jurídica de tradición medieval y escolástica. El esfuerzo consistirá en sustituir unos materiales jurídicos heterogéneos formados por costumbres locales, por estatutos municipales o gremiales, decisiones de los Tribunales, normas reales del soberano, feudales, canónicas o romanas, opiniones doctrinales o jurisprudenciales, por un sistema racional, unificado, dependiente del soberano como única fuente del derecho positivo*[53].

La precedente reflexión sobre la fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos, tiene como objetivo demostrar la importancia de las corrientes filosóficas iusnaturalistas, contractualistas e ilustradas en el tránsito del Estado absolutista del siglo XVIII a la progresiva constitucionalización de los derechos humanos[54]. No obstante de la densa y multidisciplinaria obra de la modernidad, podemos decir que no todo resultó como los filósofos proyectaron.

Para clarificar lo anterior, analicemos cuales fueron las similitudes, diferencias y consecuencias de los prepuestos filosóficos comunes a estas tres grandes revoluciones.

Apuntaba atinadamente el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, que a partir de la Revolución francesa, las palabras jugaron un papel imprescindible como estrategia para posicionar políticamente las ideas revolucionarias. Esto es lo que él ha denominado *el lenguaje de los derechos*. Así las cosas, este lenguaje:

> *No se conforma con reflejar especularmente la situación tal como existe, sino que aspira a conformarla en moldes prefigurados con ánimo de instalarla duraderamente a través de instituciones nuevas [...] debe explicarse, pues, no como una simple aparición de nuevos términos, en un plano estrictamente técnico de análisis léxico o sintáctico, sino como la expresión de un nuevo*

[53] PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, y DORADO PORRAS, Javier, "Derecho, sociedad y cultura", en *El contexto social y cultural de los derechos*. *Rasgos generales de evolución*, Cap. I, vol. I, tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit*., p. 117.

[54] De esta manera: "La apelación al valor de seguridad como presupuesto y función del Derecho y del Estado será un lugar común en la tradición contractualista [...] el origen de las instituciones políticas y jurídicas a partir de la exigencia –empírica o racional, utilitaria o ética, a tenor de las diversas interpretaciones del estado de naturaleza y el pacto social- de abandonar una situación en la que el hombre posee una ilimitada (aunque insegura) libertad, a otra de libertad limitada pero protegida y garantizada. Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad como superación del ius incertum y su conversión en estado de seguridad" PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, "Seguridad jurídica", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (cord.), *El derecho y la justicia,* Madrid, Trotta, 1996, p. 482.

> *discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres. Las palabras deben insertarse en el sistema que intentan expresar, ese "aura de sistema" que es consustancial al Derecho como un todo, sin lo cual su simple comprensión sería imposible*[55].

Las tres grandes revoluciones: *inglesa, americana y francesa* fueron inspiradas por distintas y variadas corrientes y pensamientos filosóficos. El liberalismo político, la ilustración, el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo, serán los canales a través de los cuales los revolucionarios vislumbraron sus proyectos políticos. Hemos hecho hincapié en la enorme relevancia que tuvieron el iusnaturalismo, el contractualismo y la ilustración. Ahora nos referiremos a la ideología del liberalismo político.

Primeramente, debemos aclarar que no se debe confundir el término de liberalismo político con el de liberalismo económico, ya que son dos cuestiones totalmente distintas. La primera acepción implica un conjunto de valores como la vida, la libertad y seguridad jurídica como garantes y rectores del Estado de derecho; por otra parte, el liberalismo económico se refiere esencialmente al valor de la libertad económica, consistente en la negación absoluta de la intervención general del Estado en la economía. Es decir, la denominada *mano invisible* del mercado será la guía para que cada individuo, a la par de buscar su propio provecho individual, busque el bien colectivo. De esta forma, "la identificación de los intereses particulares con los generales encarnó en un sistema teórico que pretendía tener validez universal y que hacía participar a sus adeptos en una concepción especial de sociedad y del Estado"[56].
En este sentido y criticando el liberalismo político, el profesor HAROLD LASKI afirma con gran atino que:

> *El liberalismo […] como doctrina, se relaciona directamente con la noción de libertad, pues surgió como enemigo del privilegio conferido a cualquier clase social por virtud del nacimiento o la creencia. Pero la libertad que buscaba tampoco ofrece títulos de universalidad, puesto que en la práctica quedó reservada a quienes tienen una propiedad que defender […] al poner en práctica esos derechos, resulta que el liberalismo se mostró más pronto e ingenioso para ejercitarlos en defensa de la propiedad, que no para proteger y amparar bajo su beneficio al que no poseía nada que vender fuera de su fuerza de trabajo. Intentó, siempre que pudo, respetar los dictados de la conciencia, y obligar a los gobiernos a proceder conforme a preceptos y no conforme a caprichos; pero su respeto a la conciencia se detuvo en los límites de su*

[55] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho publico europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 29 y 37.
[56] ROLL, Eric, *Historia de las doctrinas económicas*, México, FCE, 1994, p. 141. Para Adam Smith la riqueza de las naciones dependerá de dos condiciones: del grado de producción del trabajo al cual se debe y de la cantidad de trabajo productor de la riqueza, que se empleé para tal fin. SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, complete in one Volume, (LL. D. F.R.S. with life of the author. Also, view of the doctrine of Smith, compared with that of French economists; with a method of facilitating the study of his works from the French of M. Garnier), T. Nelson and Sons, Partneroster, London, Row and Edinburgh, 1852, pp. 1-2.

> *deferencia para con la propiedad, y su celo pro la regla legal se atemperó con cierta arbitrariedad en la amplitud de su aplicación*[57].

Esta crítica esta relacionada directamente con la acepción de liberalismo político, muestra que los presupuestos filosóficos bajo los cuales fueron impulsadas estas Revoluciones sociales, no coincidían del todo cuando se llevaban a la práctica. En este sentido y refiriéndose en especial a la Revolución francesa, el célebre historiador PIOTR KROPOTKIN indicaba que: "en 1789 la burguesía se inspiraba en ideas de libertad, de igualdad (ante la ley) y de emancipación política y religiosa, tales ideas, en cuanto tomaban cuerpo, se traducían por […] libertad de utilizar las riquezas de toda especie para el enriquecimiento personal, lo mismo que la de explotar el trabajo humano, sin garantía para las víctimas de la explotación, y organización del poder político, entregado a la burguesía para asegurarle la libertad de tal explotación" [58].

No negamos el enorme aporte a la configuración de los derechos humanos, que dio el movimiento filosófico ilustrado y las progresivas conquistas de cada una de las Revoluciones, y en especial la francesa; pero debemos insistir en que los presupuestos filosóficos que guiaron este movimiento fueron impulsados por una élite pudiente e ilustrada de cada época, por esto mismo algunos autores se han referido a estas revoluciones como *burguesas*.

En este sentido, coincidimos en la postura sostenida por el profesor Andrea Greppi cuando señala que no es posible que haya existido en la historia de las ideas "una cultura única compatible con la formalización de los derechos y libertades […] *de esta forma, concluye que* […] podemos aceptar, por tanto que hayan existido liberalismos diferentes […] que contribuyeran a la transformación de las estructuras jurídico-políticas del mundo moderno […] *pues* determinadas opciones ideológicas y filosóficas propias de la ilustración no habrían desembocado nunca, de forma espontánea, en el reconocimiento positivo de los derechos[59]". Tal es el caso de gran parte del pensamiento filosófico ilustrado italiano y español del siglo XVIII. Una vez que nos hemos aproximado al andamiaje iusfilosófico de los derechos humanos, es momento de dar una revisión a la fundamentación que han hecho los autores contemporáneos sobre esta misma temática.

III. Hacia una fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos

Hemos apuntado en líneas anteriores la enorme importancia y significación que han tenido los diversos y variados pensamientos filosóficos que han conformado el pensamiento jurídico de los derechos humanos en la modernidad. Tradicionalmente, se han empleado el iusnaturalismo y el iuspositivismo como principales modelos para fundamentar los derechos humanos. Contemporáneamente, distintos juristas han tratado de replantear o renovar estos pensamientos, reconfigurando las dos posturas ya apuntadas, declarándose neoiusnaturalistas o positivistas corregidos o moderados.

---

[57] LASKI, H. J., *El liberalismo europeo*, México, FCE, 1989, p. 14.
[58] KROPOTKIN, Piotr, *Historia de la Revolución Francesa*, Barcelona, Vergara, 2005, p. 27.
[59] GREPPI, Andrea, "La ilustración italiana", Cap. IV, vol. I, tomo II, Siglo XVII, en *Historia de los derechos fundamentales*, *op. cit*., p. 373.

Existen diferencias bastante considerables entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Por una parte, el iusnaturalismo admite una clara y nítida relación entre el derecho y la moral, mientras que el positivismo rechaza tal distinción. No obstante, las posturas moderadas o corregidas permiten, por ejemplo, que el positivismo admita correcciones o acepte que la ética, la política y el derecho mantengan una estrecha conexión[60].

Existen posturas neoiusnaturalistas que tratan de fundamentar los derechos humanos basándose en este modelo. Dworkin, es un claro ejemplo de ello, define a los derechos humanos como derechos morales. Para el referido autor, el sistema constitucional norteamericano "descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado, […] el derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances, mientras no aísle el problema de los derechos en contra del Estado y no haga parte del él su programa. Ello requiere de una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética"[61].

Del anterior razonamiento, surge su teoría a partir de la fusión entre los principios morales y jurídicos, ya que los primeros juegan un papel preponderante en el razonamiento de los jueces en los casos difíciles. Su teoría pretende conciliar el positivismo y el iusnaturalismo, basándose en el modelo constructivista político del filósofo norteamericano John Rawls[62].

---

[60] El maestro Peces-Barba ha sido uno de los principales iusfilósofos positivistas moderados que se ha encargado de fundamentar esta postura, sosteniendo que todo derecho fundamental es, en sus inicios, una pretensión moral que es impulsada políticamente y positivizada en las constituciones. Subrayando con énfasis, que es en definitiva el carácter de positividad, el principal aporte de la modernidad a los derechos humanos, de esta forma, ha considerado al poder como el hecho fundante básico del ordenamiento jurídico y de la norma fundamental, apoyada en ese poder, la Constitución. PECES-BARBA, M. G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1993, p. 267. Otro de los profesores que apoyan esta escuela afirman que: "los derechos humanos, en efecto, hunden sus raíces en la moral, se apoyan en argumentos y razones morales, inicialmente constituyen pretensiones morales de las personas. Pero se trata de pretensiones morales que sólo se satisfacen y alcanzan plena efectividad cuando se juridifican, cuando son reconocidas y protegidas por el derecho". DELGADO PINTO, José, "Los derechos humanos entre la ética, el poder y el derecho: derechos humanos y constitución" en *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, *op. cit.*, p. 91; *Vid*. GARZÓN VALDÉS, *Ernesto, Derecho, Ética y Política*, Madrid, CEPC, 1993.

[61] DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230 y 233.

[62] El planteamiento que realiza el filósofo John Rawls se basa en el espíritu del modelo constructivista moral kantiano. De acuerdo con la justicia como equidad, los principios más razonables de la justicia, son aquellos que serían objeto de acuerdo mutuo entre personas sujetas a condiciones equitativas. La justicia como equidad desarrolla así una teoría de la justicia a partir de la idea de un contrato social. Los principios que articula afirman una concepción liberal, en sentido amplio, de derechos y libertades fundamentales, y sólo permite las desigualdades de riqueza e ingreso que redunden en beneficio de los más favorecidos. De aquí surgen los dos principios fundamentales en su teoría: *el principio de igualdad y el de diferencia*. RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1997, pp. 17-61. *Vid*. RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 13; RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, FCE, 1995. Véase también la interesante perspectiva del filósofo Michael Walzer y las esferas de la justicia propuestas, estas esferas tienen relación con la manera en que cada sociedad distribuye los bienes por circunstancias propias y características del lugar donde se encuentren los individuos. "Los individuos poseen derechos no sólo acerca de la vida y la libertad, pero éstos no son resultado de nuestra común humanidad; son resultado de una concepción compartida de

El modelo de la función judicial de resolución de casos difíciles postulado por Dworkin es el de la respuesta correcta, denominado como *modelo del juez Hércules* relativo a la interpretación constitucional. De esta manera, "La Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política"[63].

Siguiendo la misma línea, se encuentra el maestro argentino Carlos Nino. El referido autor ha elaborado toda una teoría de fundamentación de los derechos humanos, basándose igualmente en el contractualismo moral de Immanuel Kant. Al respecto señala que:

> *Cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios […] "de adhesión normativa" y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico […]. Estos principios consistentes en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona serán justificados racionalmente mediante un constructivismo ético, un discurso moral […] dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros*[64].

En la actualidad, aún existen autores que fundamentan los derechos humanos desde una postura iusnaturalista neotomista. El profesor Mauricio Beuchot forma parte de esta línea de pensamiento. El citado filósofo asevera que "los derechos humanos corresponden (en parte, pero tipificable) a los derechos naturales de tradición tomista"[65]. La idea de dignidad humana conforme a la concepción de Santo Tomás de Aquino, fue puesta en práctica, según BEUCHOT, por Fray Francisco de Vitoria[66], fray Bartolomé de las Casas y fray Alfonso Vera de la Cruz. Incluso en la modernidad, uno de los padres de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, filósofo tomista por convicción, Jacques Maritain, sostuvo que:

---

bienes sociales: su carácter es local y particular". WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993, p. 13.

[63] DWORKIN, Ronald, E*l imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

[64] NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989. pp. 91 y 109.

[65] BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica)*, México, Siglo XXI, 2004, p. 162; *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1995.

[66] Es patente el claro humanismo por parte de algunos de los frayles que llegaron a América y la denuncia de estos hacia las injusticias padecidas por los indígenas. "Queda, pues, firme todo lo dicho, que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, como los cristianos, y que tampoco por éste título pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños, los príncipes y las personas particulares". *Vid.* VITORIA, Francisco, *Derecho natural y de gentes*, titulo original: Relectiones theologicae, Buenos Aires, R. P. Fr. Franciscini Victorae, Emecé Editores, 1946, pp. 160-161.

> *El fundamento filosófico de los Derechos del Hombre es la ley natural […] En el curso de la era racionalista, los juristas y filósofos, sean con fines conservadores, sea con fines revolucionarios han abusado a tal punto de la noción de ley natural, la han invocado de manera simplista y arbitraria, que es difícil emplear hoy esta expresión sin despertar la desconfianza y la sospecha de muchos de nuestros contemporáneos. Deberían, sin embargo, darse cuenta de que la historia de los derechos del hombre esta ligada a la de la ley natural y que el descrédito en que el positivismo ha tenido por un cierto tiempo a la idea de ley natural ha conllevado un descrédito semejante para la idea de los derechos del hombre*[67]

La antigua y rígida dicotomía entre el iusnaturalismo de signo tomista y racionalista (que abordamos en el primer apartado de este capítulo) involucra una tensa discusión sobre el verdadero y adecuado fundamento de los derechos humanos. Al respecto el profesor CARPINTERO BENÍTEZ, advierte que:

> *Quizá la línea divisoria entre uno y otro iusnaturalismo sea de índole teológica: la teoría del derecho natural más antigua (así como al de todos los que hoy afirman que los derechos humanos inhieren en la dignidad especial de la persona) arranca desde un dato teológico: los primeros principios prácticos, que son justos y que han de ser obedecidos porque constituyen una manifestación de la luz de Dios [...] Los modernos, en cambio, prescinden de cualquier dato teológico: el postulado de la igual libertad y la necesidad de salvaguardar los 'derechos fundamentales' constituyen la palanca omnipresente en todos sus razonamientos. Por lo demás, desde el momento en que sólo admiten como derecho las leyes dictadas por el poder parlamentario, y niegan expresamente la posibilidad de cualquier ciencia del derecho, es patente que el suyo fue ante todo un empeño de naturaleza política: quisieron hacer realidad el Estado, es decir, la forma de convivencia y dominación específica de la Edad Contemporánea.*[68]

---

[67] MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado,* (traducción de Juan miguel palacios), Madrid, Ediciones Encuentro, 1983, pp. 97-98. El citado filósofo añade en otra de sus relevantes obras con fundado espíritu medieval: "La idea de derecho natural es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. No remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la ha deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de Vitoria; y más lejos a Santo Tomas de Aquino; y más lejos a San Agustín; y a los padres de la Iglesia, y a San Pablo; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular", MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural, (*traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri), Buenos Aires, Biblioteca Nueva, Colección Orfeo, 1943, p. 88; *Vid*. MARITAIN, Jacques, "Reflexiones sobre la persona humana y la filosofía de la cultura" en *La defensa de la persona humana,* MARITAIN, Jacques, DUHAMEL, Georges, MARITAIN, Jacques y OKINCZYC, Joseph (cords)., (traducción de Juan miguel palacios), Buenos Aires, Ediciones Stvium de Cultura, 1949, pp. 37-63.

[68] CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México, IIJ, UNAM, 1999, p. 340.

Las posturas relativas a la idea de una fundamentación de los derechos humanos en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, han recibido numerosas críticas entre las que se encuentra: la que califica a este modelo como un intento desesperado de fundamentación y de negación de la misma idea renacentista de dignidad humana, bajo la cual se erigió el pensamiento filosófico de los derechos humanos en la modernidad:

> *La categoría formal que sirvió de vehículo a los contenidos plasmados en los derechos del hombre no fue la noción medieval de <ley natural> tal como la elaboró, por ejemplo, Tomas de Aquino, sino el concepto de <derecho subjetivo> -de <derechos naturales subjetivos>- que hace su aparición al final de la Edad Media, precisamente en las obras de los rivales teóricos del tomismo (Duns Scoto y, sobre todo, Guillermo de Occam) y que pasó luego a los iusnaturalistas racionalistas de los siglos XV a XVIII. [...] tratar de fundamentar en Santo Tomás una teoría de los derechos humanos consiste un intento desesperado; basta pensar en las obras de este insigne pensador aparecen expresamente negadas las dos ideas claves de la noción moderna de derechos humanos: a la igualdad entre todos los hombres se opone la aceptación –siguiendo también en esto de cerca de Aristóteles- de la servidumbre; y a la libertad, la justificación de la persecución de los herejes.*[69].

Concebir a los derechos humanos como un total y absoluto resultado de la modernidad podría parecer para algunos un acierto indudable; no obstante, creemos que las posturas tanto iusnaturalista como iuspositivista, aportan ciertos elementos en la construcción y configuración moderna de los derechos humanos. De esta forma, el concepto "surge progresivamente en el tránsito del medioevo a la edad moderna, y se desarrolla, tanto en los aspectos teóricos como en sus dimensiones prácticas, durante la modernidad y hasta nuestros días"[70].

Debemos precisar en lo que respecta a la fundamentación iusnaturalista sobre los derechos humanos, cual es la clase de iusnaturalismo[71] que apoyamos. Creo que la fundamentación iusnaturalista racional de los derechos humanos cuenta con argumentos sólidos que justifican la existencia de estos. Por otra parte, el iuspositivismo moderado o corregido, como bien lo ha definido el maestro PECES-BARBA, también nos proporciona ciertos

---

[69] ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Fontamara, 2000, p. 156. En esta cultura teológica medieval "las cosas se concebían aproximadamente a la inversa: la comunidad política aparecía como una entidad natural dotada de fines propios, cuyo poder reposaba en la misma voluntad de Dios, y donde los individuos eran como piezas de un ajedrez, cada uno dotado de un movimiento propio y de un destino desigual al servicio de un plan divino; la justicia y los derechos no formaban una noción común para todos los hombres, sino que más bien dependían del papel asignado a los diferentes individuos en la gran cartografía de la república cristiana". PRIETO SANCHÍS, Luis, "Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos" en *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, *op. cit.,* p. 40

[70] SQUELLA, Agustín, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, México, Fontamara, 1998, p. 74.

[71] Recordemos las dos versiones de iusnaturalismo expuestas en un principio: La versión del *iusnaturalismo ontológico, radical, medieval* o *dogmático* y el *iusnaturalismo racionalista, crítico, mecanicista, deontológico o moderado.*

elementos que permiten justificar adecuadamente los derechos fundamentales. Entonces, ¿cual de las dos posturas es la más adecuada? nuestra posición es firme hacia las dos versiones, siempre y cuando hablemos de cualquiera de los dos modelos antes aludidos, ya que tomar partido por un iusnaturalismo ontológico, dogmático o radical o de un modelo positivista decimonónico, representaría un retroceso para la justificación y existencia misma de los derechos fundamentales.

Creo que es momento de presentar los razonamientos que justifiquen las posturas que hemos hecho alusión en el párrafo precedente, para ello, presentaremos la justificación de nuestro pensamiento en las siguientes líneas.

IV. Análisis crítico y conclusiones

En los inicios del presente siglo asistimos a un cambio de paradigma en las ciencias jurídicas y en especial, de la filosofía del derecho. También acudimos como bien lo apunta el maestro PEDRO SERNA: "a una nueva y tal vez más profunda fragmentación de la unidad cultural y moral, que demanda explorar los caminos de la objetividad o corrección ética, en un nuevo esfuerzo de fundamentación, análogo al que entonces representó el recurso al Derecho natural racionalista ilustrado"[72].

El iuspositivismo como corriente predominante para la fundamentación y justificación de los derechos humanos ha perdido su legitimidad. Hoy más que nunca, las ciencias jurídicas, y en especial, la disciplina constitucional, se encuentran reinventando las posturas iusfilosóficas que han servido de fundamento a las distintas Constituciones en el mundo. Los derechos humanos no han escapado a este proceso innovador y reformador. El anticuado modelo positivista y decimonónico comienza a agotarse a partir de la segunda posguerra. Por lo que en la actualidad, este modelo parece en definitiva sucumbir ante las arrolladoras concepciones que se tienen sobre los derechos como principios y valores que impregnan todo el ordenamiento jurídico.

La función judicial ya no representa de ninguna manera el clásico proceso mecánico y rígido de silogismo y subsunción sin análisis. Se devuelve la operatividad a la jurisdicción mediante el establecimiento de "cláusulas valorativas o materiales[73]". Definitivamente, caminamos hacia un "constitucionalismo ético donde la necesaria y olvidada conexión entre derecho y moral vuelve a hacerse presente, el juez ha salido de la alternativa entre la *"boca muda"* o *"juez legislador";* ya que la moral penetra no solamente mediante la teoría o la doctrina, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación[74]".

---

[72] SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos..., op. cit.,* p. 130.

[73] *Cfr.* PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987. p. 140. Una de las obras paradigmáticas en esta nueva concepción de los derechos humanos como principios es la del profesor alemán Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002.

[74] *Cfr*. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23. La tendencia a la no vinculación entre la ciencia y la moral se hizo visible durante las primeras cuatro décadas del siglo XX. Ejemplo de ello son autores como Lionel Robins en economía, con su

En la actualidad, los teóricos e intérpretes de las Constituciones han manifestado cierto consenso sobre el nuevo paradigma que ha sustituido el modelo positivista. Se han referido al Neoconstitucionalismo como modelo para la superación de la antigua concepción de Estado de derecho. Creemos que el *Neoconstitucionalismo* se ha convertido en el principal paradigma a seguir en la modernidad jurídica. Esta nueva concepción de los derechos humanos representa una vuelta a los principios del iusnaturalismo racionalista[75]. Esta resurrección se manifiesta en un conjunto de principios generales y flexibles, sirviendo como puntos de referencia para el legislador y a los que deben ajustar sus resoluciones los intérpretes judiciales. Desde esta nueva visión, los estudiosos plantean una multidimensionalidad en los estudios del derecho. Las investigaciones de carácter sociológico, filosófico, histórico, y lógico, serán cada vez más frecuentes para poder elaborar los contenidos, orientaciones y criterios valorativos del derecho positivo. No debemos olvidar, como bien lo apunta el profesor Pérez Luño[76], los aspectos sobre la reflexión iusfilosófica de los valores; pues no debemos convertir el análisis y reflexión iusfilosófica en pura lógica jurídica. Esto aspecto se ve reflejado, según el profesor español, en el mayor interés por los aspectos meramente formales del derecho y por un mayor rigor metodológico en lo que se refiere a la creación y aplicación del derecho positivo, tales como las teorías sobre el razonamiento, la interpretación y el lenguaje jurídicos.

Todo ese cúmulo de corrientes y pensamientos desarrollados a partir de la modernidad se consagraron paulatinamente con la consolidación del Estado de derecho. Posteriormente, con el surgimiento del Estado Constitucional van tomando forma y adquiriendo sustancia esta forma de percibir y concebir los derechos humanos.

El estudio de la historia constitucional en materia de derechos humanos[77] debe servir como base para dotar de sentido y comprender las aspiraciones y necesidades de nuestra época, pues la tradición romano-germana a la que pertenecemos ha estado impregnada por un positivismo jurídico exacerbado[78], la cual ha provocado un atraso considerable en nuestra justicia constitucional para dar plena efectividad jurídica a los derechos fundamentales.

---

obra: *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica*, de 1935; Hans Kelsen en derecho, con su libro: Teoría pura del derecho, de 1934; y el de Julios Ayer en filosofía con su Lenguaje, verdad y lógica, de 1936. *Cfr*. VÁZQUEZ, Rodolfo, "Derecho y Moral" en *Entre la libertad y la igualdad... op. cit.,* p. 17.

[75] Para algunos autores, el Neoconstitucionalismo representa una constelación plural de valores, e incluso una vuelta a los principios clásicos del Estado, y en especial de los dos *iusnaturalismos: tomista e ilustrado*.

[76] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Teoría del derecho*..., *op. cit*., pp. 78-79.

[77] Como acertadamente lo establece el autor italiano Zagrebelsky: "La historia constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro". *Cfr*. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2005, p. 91.

[78] Recordemos que México tuvo influencia del modelo legicentrista, estatalista francés. Por lo que la tradición en materia de interpretación de los derechos humanos no ha tenido el desarrollo jurisprudencial y doctrinal debido. *Vid*. TORRES, Estrada, Pedro, "Las tendencias del derecho constitucional en México" en *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Pedro Torres Estrada cord., México, Limusa, 2006, pp. 227-242.

No obstante de la postura neoconstitucionalista que defendemos, se pueden objetar a estas diversas cuestiones. Ejemplo de ello son autores como Ferrajoli, que han sido denominados neoconstitucionalistas, podrían parecer en determinado momento, pertenecientes al antiguo modelo positivista y decimonónico, sin embargo, podemos recalcar que aún quedan ciertos vestigios dentro de su gran teoría de los derechos fundamentales que pertenecen obviamente al positivismo jurídico[79].

Respondiendo a las distintas cuestiones planteadas al inicio de este trabajo:

- *No puede existir una fundamentación única para los derechos humanos*. En la actualidad, observamos una constelación plural de valores que aglutinan las Cartas de Derechos de cada una de las Constituciones en el mundo. En ella, convergen valores esenciales como la vida, la igualdad, la libertad, y sobre todo la dignidad humana, como valores esenciales y supremos. Estos valores no pudieron haber sido posibles sino gracias a cada uno de las ideas y corrientes filosóficas que han fundamentado los derechos humanos, entre las que están obviamente: el iusnaturalismo ontológico y deontológico y el iuspositivismo.

- *El iusnaturalismo y el iuspositivismo han sido dos corrientes antagónicas para la fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos* y *han* aportado invariablemente un sinnúmero de pensamientos que hoy en día siguen teniendo vigencia, y sin ellas, sería imposible comprenderlos.

- *Los derechos humanos evolucionan y surgen de aspiraciones éticas provenientes de la filosofía*, basta mencionar simplemente los valores jurídicos universalmente aceptados: ya sea que se trate de la dignidad humana, la libertad o la vida. Estos valores fueron impulsados desde el campo de la ética en determinados momentos de la historia, tal fue el caso de la revolución francesa, inglesa o americana, estos movimientos políticos han permitido configurar o positivizar estas aspiraciones éticas en textos positivos.

- En la *revolución francesa* existió cierta tensión entre el orden establecido y el orden que la revolución trataba de implementar, estos pensamientos antagónicos entre los revolucionarios franceses y el despotismo ilustrado de los reyes provocó que existiera cierta tensión entre los ideales antiguos y el nuevo legado proveniente de la ilustración, las ideas del iusnaturalismo racionalista y el liberalismo político.

- En la *revolución inglesa* existió un tránsito pacifico del medioevo a la edad moderna. La exigencia de parte de los revolucionarios ingleses, representó un catálogo de aspiraciones éticas entre las que se incluía: el derecho a la propiedad (proveniente de las ideas de John Locke, en su concepción de pacto social) como valor a tutelar y proteger por parte del

[79] Ferrajoli estuvo influenciado por la Escuela de Turín y fue descendiente directo de las ideas del maestro Norberto Bobbio y del método analítico del derecho. Para entender un poco su teoría, hemos elaborado un modesto material crítico que se contiene las críticas acerca de la fundamentación en Thomas Hobbes que hace Ferrajoli para entender a la Constitución desde la perspectiva de un pacto social absolutista. *Vid*. AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, "Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli", en *IUSTITIA. Revista Jurídica del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey*, No. 17, Monterrey, Octubre, 2007, pp. 157-206.

Estado. En América, las doce colonias inglesas lograron su independencia y reconocimiento por parte de Inglaterra en el siglo XVIII. Los Padres Fundadores de esta nación redactaron el Acta de Independencia inspirados por John Locke y un iusnaturalismo de tipo racionalista, y por un iusnaturalismo con ciertos caracteres religiosos.

El reconocimiento de derechos en estas tres revoluciones por parte del poder hacia los gobernados no fue universal ni inmediato. En Inglaterra, por ejemplo, uno de los primeros documentos como la *Carta de Juan sin Tierra* entregada en 1215 a los barones, reconocía solamente a la burguesía como sujeto de los derechos plasmados en esta Carta, e incluso tenía cierto carácter privado y negocial. En Francia, a pesar del movimiento jacobinista y la exaltación de la voluntad popular como única decidora de las acciones gubernamentales, los derechos políticos eran restringidos hacia las personas que tuvieran alguna propiedad. El movimiento jacobinista y el liberalismo económico llevado hasta sus últimas consecuencias en este país, desembocó en una de los más prolongados regímenes absolutistas que tuvo Francia en su historia: *el Bonapartismo*[80].

En este sentido, los caracteres de los derechos humanos como la positivación, la generalización y la especificación, han sido progresos que paulatinamente han tenido el Estado de derecho y el moderno Estado constitucional. No solamente han sido las tres grandes revoluciones las que han dado su aporte para que actualmente los derechos humanos se consideren universales e inalienables, sino que también los movimientos obreros, feministas, de minorías raciales, movimientos antiesclavistas e independizadores han aportado aspiraciones y exigencias concretas ante el poder del Estado. Recientes movimientos sociales y conflictos bélicos, muestran la incapacidad de la comunidad internacional de resolver los problemas en materia de derechos humanos de una manera adecuada, ejemplo de ello son los grupos étnicos minoritarios de la tercera generación de inmigrantes en Francia a finales del 2005, lo cual representó un problema claro de "ciudadanía multicultural[81]" y pelea por derechos sociales, la movilización estudiantil en contra del Contrato de Primer Empleo en abril de 2006 en Francia, las marchas de latinoamericanos en California en su lucha por el reconocimiento de los derechos que solamente son otorgados a los ciudadanos norteamericanos, las migraciones masivas del continente africano hacia Europa, ocasionadas por el incumplimiento del Protocolo de Kyoto y los múltiples acuerdos internacionales en materia ambiental, los grupos zapatistas

[80] "Una Francia agotada, deseosa de disfrutar en el plano de lo concreto de las conquistas sociales de la Revolución, se hallaba dispuesta a aceptar una legitimidad sin justificación metafísica [...] Napoleón se apoyó en una doble legitimidad: una legitimidad popular, derivada del principio democrático y una legitimidad dinástica, tendiente a restablecer el derecho divino". BLUCHE, Frederic, *El Bonapartismo*, FCE, México, 1984, pp. 14-16.

[81] Para esta concepción se puede analizar el trabajo realizado por el Dr. Rafael Aguilera Portales quien al respecto nos señala quienes son a su consideración los pensadores que han formulado una teoría jurídico- política de ciudadanía y multiculturalismo, entre estos están: Will Kymlicka, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli, Peter Häberle, Martha Nussbaum, Isaiah Berlín, John Rawls, Charles Taylor, "todos ellos parten del liberalismo político y una concepción del Estado democrático de derecho que incorpore los nuevos elementos de las actuales sociedades complejas: la diversidad cultural, moral y política" Cfr. AGUILERA PORTALES, Rafael: "Multiculturalismo, derechos humanos y democracia cosmopolita", en *Revista Letras Jurídicas*, No. 3, Guadalajara, Centro Universitario de Ciénega, Universidad de Guadalajara, Otoño de 2006, 2005.

(durante sus inicios) y los grupos étnicos minoritarios en México como los Zapatistas, entre muchos más.

Desde una perspectiva iusnaturalista o iuspositivista, los derechos humanos representan un conjunto de exigencias éticas mínimas que han sido universalmente aceptadas a lo largo de la historia. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 estableció un mínimo catálogo de contenidos éticos; ha llegado el momento de destruir viejos y anticuados paradigmas que obstaculizan la verdadera protección y eficacia en materia de derechos fundamentales. Si no garantizamos ahora los Derechos fundamentales mínimos a los ciudadanos, ya no solamente de nuestras naciones, sino del mundo, podría ser demasiado tarde corregir en el futuro las posibles catástrofes que asoman en un tiempo inmediato como los efectos del cambio climático, la inseguridad social provocada por la volatilidad de capitales improductivos y de especulación, la violación masiva de derechos humanos en las comunidades étnicas minoritarias, las guerras infecundas que violan los pactos y acuerdos firmados a nivel internacional.

En la actualidad, se habla mucho de derechos humanos, no obstante, la retórica y demagogia con la que se refiere a los a los mismos, deja ciertas dudas sobre su verdadera justiciabilidad. Consideramos que existe la arquitectura institucional global y el derecho positivo, más no vigente. Es necesario retomar la aspiración ética mundial de la justicia y paz social y tener voluntad política para cumplir los fines de la comunidad mundial. Hoy, más que nunca, debemos recuperar los valores que han fundamentado históricamente a los derechos humanos mediante una pedagogía constitucional que transmita al ciudadano valores como la ética social, tolerancia, democracia, dignidad humana, solidaridad y le den al ciudadano un sentido de pertenencia a su comunidad mediante la pluralidad. Por lo que no queda duda alguna, como bien lo refiere el iuspublicista PETER HÄBERLE, que son: "Los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rosseau y al Federalista) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro"[82].

Bibliografía.

AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría política y jurídica contemporánea* (Problemas actuales), México, Editorial Porrúa, 2008.

-- "Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty", en: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, nº 5, enero 2007, pp. 47-75.

AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, "Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli", en *IUSTITIA* Revista

[82] HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, (trad. de Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, prólogo de Antonio López Pina), Madrid, Trotta, 1998, p. 87.

Jurídica del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, No. 17, Monterrey, México, Octubre, 2007, pp. 157-206.

AGUILERA PORTALES, Rafael, "Estudio introductorio" en ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Fontamara, 2000,

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, "A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta" en *DOXA* No.4, España, 1987, pp. 67-69.

BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos (Los derechos humanos y su fundamentación filosófica)*, México, Siglo XXI, 2004.
- *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 2005.

BLUCHE, Frederic, *El Bonapartismo*, México, FCE, 1984.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.
- *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Madrid, Debate, 1998.

BULYGIN, Eugenio, "SOBRE EL ESTATUS ONTOLÓGICO DE LOS DERECHOS HUMANOS" en *DOXA* No.4, España, 1987, pp. 79-84.

BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la revolución de Francia*, (nueva edición revisada por J .A. A., Martín Rivera), México, 1826.

CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2005.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México, IIJ, UNAM, 1999

CICERÓN, *Las leyes*, Madrid, Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, 1956.

CROSSMAN, R. H. S., "El pensamiento político ingles e la tradición europea" en *Trayectoria del pensamiento político*, MAYER, J. P., (comp.), México, FCE, 1976, pp. 120-143.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, E*l lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999.

FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, "La aportación de las teorías contractualistas", en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, en *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA *et. al*., Madrid, Dykinson, 2001, pp. 3-42.

- "La polémica Burke-Paine, en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo XI, V. II, T. II, *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA *et. al*., Madrid, Dykinson, 2001, pp. 369-416.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1999.

FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2000.

- *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho publico europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

GROTIUS, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis, On the Law of War and Peace*, III Book's., Translated by A. C. Campbell, London, 1814.

HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, (trad. de Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, prólogo de Antonio López Pina), Madrid, Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen, "Derecho natural y revolución" en *Teoría y Praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 87-122.

HOBBES, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, FCE, 1994.

JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada), México, IIJ, UNAM, 2000.

KANT, Immanuel, *Filosofía de la historia, (*trad. Eugenio Ímaz), México, FCE, 2004.

- *The Philosophy of law. An exposition of the principles of jurisprudence as the science of right,* (trad. W. Hastie, B. D., T. & T. CLARK), Edinburgh, 1887.
- *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2005.
- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. de Manuel García Morente), México, Porrúa, 2003, pp. 15-75.
- *Crítica de la razón práctica*, (trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra), México, Porrúa, 2003, p. 99-231.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 2003,

KROPOTKIN, Piotr, *Historia de la Revolución Francesa*, Barcelona, Vergara, 2005.

LASKI, H. J., *El liberalismo europeo*, México, FCE, 1989.

LOCKE, John, *An essay concerning human understanding*, (collated and annotated, with prolegomena, biographical, critical, and historical by Alexander Campbell Fraser), New York, Dover Publications, 1959.
- *Two treases of government*, (Reprinted the sixth time by A. Millar, M. Woodfall, *et. al*.), London, Cambridge, 1764, pp. 196 y ss.

MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, (trad. de Juan Miguel Palacios), Madrid, Ediciones Encuentro, 1983.
- "Reflexiones sobre la persona humana y la filosofía de la cultura" en *La defensa de la persona humana*, MARITAIN, Jacques, DUHAMEL, Georges, MARITAIN, Jacques y OKINCZYC, Joseph (cords)., Buenos Aires, Ediciones Stvium de Cultura, 1949, pp. 37-63.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tomo I, Paris, Garnier Hermanos, 1908.

NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, México, FCE, 1986.

PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1999.
- "Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales: El Derecho como Ley y el derecho subjetivo", Capítulo I, Volumen I, Tomo I, en *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA y otros, Madrid, Dykinson, 2001.

PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001.
"El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos", en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo XIII, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, en *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA y otros, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 451-482.

PLATÓN, *Apología de Sócrates…,* (versión castellana de Tomás Meabe), París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1910.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2002.
- *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.
- *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999.

- *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

PUFENDORF, Samuel, *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, (estudio preliminar y trad. de Salvador Rus Rufino), Madrid, CEPC, 2002.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1997.
- *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001.
- *Liberalismo político*, 1ª reimp., México, FCE, 1995.

ROLL, Eric, *Historia de las doctrinas económicas*, México, FCE, 1994.

ROSSEAU, Jacob, *El Contrato Social*, Libro I, Capítulo VI, París, Garnier, 1909.
- *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Segunda Parte, Madrid, Calpe, 1923.

SABINE, George, *Historia de la Teoría Política*, México, FCE, 1982.

SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios* / del gran padre y doctor de la iglesia San Agustín, Obispo de Hipona; (tr. Joseph Cayetano Díaz de Beyral y Bermúdez), 22 t. en 12 vol., México, Imprenta Real, 1793-1797.

SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006.

SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, complete in one Volume, (LL. D. F.R.S. with life of the author. Also, view of the doctrine of Smith, compared with that of French economists; with a method of facilitating the study of his works from the French of M. Garnier), T. Nelson and Sons, Partneroster, London, Row and Edinburgh, 1852,

SOPHOCLES, The Antigone, (translated into english Rayming verse with introduction and notes by Gilbert Murray), New York, Oxford University press, 1941.

SPINOZA, Benedictus de, *Tratado teológico-político*, (trad., introducción, notas e índices de Atilano Domínguez), Madrid, Alianza Editorial, 2003.

SQUELLA, Agustín, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, México, Fontamara, 1998.

TOMAS DE AQUINO, *La ley* (versión castellana y notas explicativas de Constantino Fernández-Alvar), Barcelona, Labor, 1936.
- *Suma teológica*, (trad. directamente del latín por Hilario Abad de Aparicio), Madrid, Moya y Plaza editores, 1883.

TORRES, Estrada, Pedro, "Las tendencias del derecho constitucional en México" en *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Pedro Torres Estrada (coord.), México, Limusa, 2006, pp. 227-242.

TREVELYAN, G. M., *Historia Política de Inglaterra*, versión Española de Ramón Inglesia, México, FCE, 1943.

- *Historia Social de Inglaterra*, (versión española de Adolfo Álvarez-Boylla), México, FCE, 1946.

TRIBE H., Laurence, *American Constitutional Law*, 2nd. The Foundation Press Inn, Inc., New York, Mienola, 1988.

VÁZQUEZ, Rodolfo, comp., *Derecho y Moral*, Barcelona, Gedisa, 1998.

- *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2007.

VITORIA, Francisco, *Derecho natural y de gentes*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1946.

WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2005.