

La universalidad de los derechos humanos: una aproximación constructivista

Francisco Javier Castillejos Rodríguez*

Resumen:

El objetivo de este artículo es explicar la relación entre derechos humanos y universalidad moral desde un paradigma constructivista. Desde una perspectiva ordinaria, los derechos humanos son universales. Este atributo ha sido cuestionado desde diversas formas de escepticismo (el utilitarismo clásico, el neo-aristotelismo, el relativismo cultural y el relativismo ético). Desde un punto de vista constructivista, los derechos humanos no son el producto de un análisis descriptivo, sino el resultado de un adecuado procedimiento de construcción. La distinción entre el realismo moral y el constructivismo kantiano es equivalente a la diferencia entre un sendero de descubrimiento y un sendero de la invención en ética. En este sentido, los derechos humanos son el resultado de un procedimiento imparcial de justificación moral.

Abstract:

The aim of this paper is to explain the relationship between Human Rights and moral universality from a constructivist paradigm. From an ordinary perspective, Human Rights are universal. This attribute has been disputed from different forms of skepticism (classical utilitarianism, neo-Aristotelianism, cultural and ethical relativism). From a constructivist point of view, Human Rights are not the product of a descriptive analysis, but the outcome of a suitable procedure of construction. The distinction between moral realism and Kantian constructivism is equivalent to the difference between a path of discovery and a path of invention in ethics. In this sense, Human Rights are the outcome of an impartial procedure of moral justification.

Sumario: Introducción / I. Escepticismo y derechos / II. La refutación del escepticismo / III. Los fundamentos de una aproximación constructivista / IV. La justificación de la universalidad de los derechos humanos / V. Reflexión final / Fuentes consultadas

* Licenciado en Derecho por la UNAM, doctor en Filosofía por la UAM-I, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

Una concepción ampliamente compartida en la cultura occidental es aquella que tiene que ver con la idea de que *todas* las personas, en cuanto tales, son poseedoras de ciertas prerrogativas denominadas “derechos humanos”. Para referirse a esta cualidad, tanto filósofos como juristas hacen uso de la expresión “universalidad”. No obstante, en el momento en que nos preguntamos sobre el significado de la universalidad de los derechos y, sobre todo, por su *fundamento*, el consenso termina. El problema se complica cuando, en el contexto de la globalización, el develamiento de las diferencias culturales existentes a lo largo del planeta ha tenido como consecuencia el surgimiento de dudas acerca de la pretendida universalidad de aquellas entidades. Las preguntas centrales, por consiguiente, son las siguientes: ¿Los derechos humanos son en realidad “universales”? Si ese es el caso, ¿cuál es el fundamento de dicha universalidad?

Para encarar el problema, conviene partir de una noción *intuitiva* del concepto a discutir:¹ *los derechos humanos son aquellas prerrogativas que poseen todas las personas por el sólo hecho de serlo*. Esta concepción pre-teórica también se encuentra en aquellos pensadores contemporáneos que abordan la cuestión ya sea para criticar o para defender sus implicaciones. Por ejemplo, el filósofo norteamericano John R. Searle da por asumida dicha forma de entender los derechos humanos:

Es un hecho generalmente aceptado que hay tales cosas como derechos *humanos*, incluso derechos humanos *universales* que no poseo en virtud de mis membresías institucionales, tales como los derechos de un ciudadano, un profesor, o un marido; sino derechos que tengo solamente en virtud de ser un ser humano. (...) La gente habla cómodamente sobre derechos humanos universales. (...) La mayoría de los filósofos, y efectivamente la mayoría de las personas, parecen no encontrar nada problemático en la noción de derechos humanos universales.²

¹ Comparto la idea de Searle de que las investigaciones filosóficas deben comenzar ingenuamente, con base en el sentido común. Cómo procedan y concluyan después es cosa distinta. Sobre esta cuestión metodológica, *vid.*, John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, p. 31.

² John R. Searle, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, p. 174.

A esta noción ordinariamente aceptada de los derechos humanos se añade una segunda cualidad que acompaña al predicado de universalidad: la *independencia institucional* de tales derechos. Ello significa que los derechos humanos son comúnmente entendidos como entidades que posee cualquier ser humano, sin ser relevante —en un primer momento— su incorporación en una ley o norma constitucional. En otras palabras: los derechos humanos no son “otorgados” institucionalmente, sino que sólo son *reconocidos*: las personas, metafóricamente hablando, *nacen con ellos*. En esta dirección, se afirma que *los derechos humanos existen de manera independiente a su reconocimiento institucional o legal*. Si hemos admitido el rasgo de la universalidad, entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo.³ Ellos constituyen *lo anterior* al derecho positivo en el sentido de exigencias pre-existentes de todos los seres humanos cuyo objetivo es motivar su incorporación institucional; pero, empero, no se reducen a ésta última.⁴

Esta imagen de los derechos ha sido fuertemente criticada desde diversas trincheras —filosóficas, jurídicas, políticas, etcétera—. En las siguientes páginas formularé una justificación constructivista de dicha concepción. En un primer momento, abordaré el problema del escepticismo frente a los derechos. Posteriormente, explicaré los elementos básicos del constructivismo en materia de filosofía moral para visualizar su aplicación al problema que planteamos. Finalmente, probaré que un modelo adecuado de justificación de los derechos humanos únicamente puede sostenerse si se asume una perspectiva

³ En este sentido, *vid.*, Francisco Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, pp. 32-33. *Sobre la noción de existencia independiente en la explicación del concepto de derechos humanos*, *vid.*, James Nickel, “Human Rights”. Alexy, por su parte, además de la validez moral de los derechos humanos, habla de su prioridad: no pueden ser derogados por normas de derecho positivo. Por tanto, incluso existe la posibilidad de que un tratado sobre derechos humanos o una sentencia de un tribunal de derechos humanos sean *contrarios* a dichas prerrogativas, *vid.*, Robert Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, p. 219.

⁴ Amartya Sen, “Human Rights and the Limits of Law”, p. 2915. A esta concepción se le identifica como “entendimiento ético de los derechos humanos”, *vid.*, Amartya Sen, *The Idea of Justice*, p. 363. En la filosofía del derecho contemporánea, la identificación de los derechos humanos como una especie de “derechos morales” representa la posición dominante en las investigaciones. Véase, por ejemplo: Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, pp. 14-15. La literatura contemporánea que identifica los derechos humanos como *principios*, *i.e.*, como el contenido moral de los órdenes jurídicos en particular, sigue esta misma dirección. Sobre este punto, *vid.*, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 22 y 90.

constructiva que no caiga en los extremos representados por el realismo moral y el relativismo ético.

I. Escepticismo y derechos

La propiedad de universalidad atribuida a los derechos humanos significa principalmente lo siguiente: primero, que todas las personas, independientemente de cualquier característica contingente —*v. gr.*, la nacionalidad, el género, el color de piel, las creencias religiosas, etcétera—, poseen un conjunto de derechos; segundo, que dichos derechos *deberían* ser reconocidos en cualquier parte del mundo. Por esta última razón, los derechos humanos son considerados “supranacionales” o, mejor, *cosmopolitas*.

De manera paralela al significado de universalidad, está el problema de su *justificación*. En otras palabras: los derechos humanos son “universales” porque, de una forma u otra, podemos proporcionarles un fundamento de corte filosófico-moral.⁵ El escepticismo frente a la universalidad de los derechos se presenta generalmente de dos formas: o se niega su universalidad aduciendo argumentos empíricos o se niega la posibilidad de su justificación en términos filosóficos.

En la historia del pensamiento occidental, la doctrina de los derechos humanos se enfrenta a una tradición escéptica que suele remontarse a Jeremy Bentham. Conviene recordar que, al hacer un comentario sobre la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, el célebre filósofo inglés precisó lo siguiente:

¿Todos los hombres nacidos libres? ¡Qué absurda y miserable tontería! (...) Los derechos naturales son un simple disparate: derechos naturales e imprescriptibles, un disparate retórico —un disparate sobre zancos—. Pero este disparate retórico termina en el viejo esfuerzo de los dispartes maliciosos: tan pronto como una lista de estos pretendidos derechos naturales es dada, y aquellos son expresados de tal forma que ante la vista se presentan como derechos legales.

⁵ Es en este sentido que Alexy habla de la *validez moral* de los derechos humanos: los mismos pueden fundamentarse frente a toda persona que participe en una argumentación racional, *vid.*, Robert Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, p. 26.

Y de estos derechos, cualesquiera que fueran, no hay, al parecer, ninguno que un gobierno, en casi cualquier ocasión, pueda derogar la más pequeña parte.⁶

En el siglo XX, desde una matriz neo-aristotélica, Alasdair MacIntyre ha expresado una reserva similar ante la existencia de las prerrogativas normativas universales: “(...) no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”.⁷ Este escepticismo ha asumido diversas variantes. En el caso de Bentham o MacIntyre, las posiciones escépticas no se sostienen en una imposibilidad de la justificación. Ambos pensadores son —ya sea desde una matriz utilitarista, por una parte, o desde un trasfondo aristotélico, por otra— cognitivistas morales. Sin embargo, los argumentos más fuertes en contra de la pretensión de universalidad de los derechos humanos se han dirigido contra la posibilidad de la justificación moral de los mismos. Esto se ha efectuado desde las trincheras del no-cognitvismo y, en los casos más extremos, desde el relativismo cultural.

En materia de derechos humanos, el no-cognitvismo moral niega la existencia de un procedimiento válido para efectuar su fundamentación. Ello, sin embargo, no conduce necesariamente a un posicionamiento político claro frente a ellos. Para algunos no-cognitivistas, los derechos son algo importante y digno de protección: para otros, resultan algo negativo porque bajo el disfraz de universalidad se esconde un modelo autoritario de imposición. Para Norberto Bobbio, por ejemplo, el problema de fondo relativo a los derechos del hombre no es tanto *justificarlos*, sino protegerlos: no se trata de un problema filosófico, sino político.⁸ En cambio, para Duncan Kennedy —uno de los grandes exponentes de los *Critical Legal Studies*—, la doctrina de los derechos humanos es una especie de *religión civil*, sus partidarios pueden ser identificados como “creyentes” y el máximo tribunal en la materia funciona de manera similar a un “cuerpo sacerdotal”.⁹

⁶ Jeremy Bentham, “Anarchical Fallacies”, pp. 498 y 501.

⁷ Alasdair MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, p. 69. Ahí mismo, MacIntyre comenta que resulta extraño atribuir tales derechos a los seres humanos *qua* seres humanos. Argumenta que lenguas antiguas o medievales como el hebreo, el griego, el latín o el árabe no pueden traducir la idea de “derechos” antes de 1400. Lo mismo sucede con lenguas como el inglés antiguo o el japonés hasta mediados del siglo XIX.

⁸ Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, p. 128.

⁹ Duncan Kennedy, “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”, p. 53; del mismo autor, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, pp. 127-129.

Desde el punto de vista del relativismo cultural y, más específicamente, del relativismo ético, el escepticismo frente a la universalidad de los derechos humanos ha adoptado formas extremas y sofisticadas. Según esta perspectiva, los principios morales únicamente son válidos en el contexto de la cultura de la que forman parte: allende esa cultura es imposible juzgarlos. De esta manera, la tesis más general de que no hay universales epistémicos en todas las formas de vida humana —relativismo cultural— se particulariza en la concepción de que no existen principios universales que permitan hacer una evaluación moral fuera del contexto comunitario de donde surgen —relativismo ético—. ¹⁰ Esta forma de escepticismo resulta atractiva por diversas razones. La principal de ellas es que parece corresponderse con los hechos: vivimos en un mundo cuya característica central es la diversidad cultural. En lo que se refiere al problema de los derechos humanos, las consecuencias del relativismo moral son evidentes: ellos no son —ni pueden ser— universales por la sencilla razón de que *no están institucionalizados ni son aceptados de hecho por todas las personas ni por todas las culturas*.¹¹

II. La refutación del escepticismo

Uno de los problemas fundamentales que ha tenido que afrontar la filosofía contemporánea es aquel que tiene que ver con la universalidad de sus aserciones, ya sean estas epistémicas o morales. La cuestión se plantea así: ¿cómo es posible sostener la universalidad de ciertas tesis si todo pensamiento se desarrolla en *circunstancias histórico-locales* y se encuentra sujeto a las restricciones impuestas por dicho contexto?¹² En el tema que nos ocupa: ¿cómo es posible hablar de principios de justicia universales —incluyendo en éstos los derechos humanos— en un mundo donde existe un *pluralismo de valores*?

Para contestar a las preguntas anteriores, es necesario explicar la razón por la que parecen, *prima facie*, irresolubles. La tradición filosófica occidental se

¹⁰ Para una idea general del relativismo ético, *vid.*, Bernard Williams, *Morality. An Introduction to Ethics*, p. 20.

¹¹ Así, desde esta perspectiva se argumenta que no hay un fundamento universal que sea aceptado por todos. Esta crítica a la doctrina de los derechos humanos puede verse en: Rex Martin, “Are Human Rights Universal?”, p. 60. Por ello, es frecuente que se vea al relativismo como uno de los principales adversarios de la noción de derechos humanos. Véase, por ejemplo: Robert Alexy, “Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos”, pp. 154 y 163-169.

¹² John R. Searle, “Philosophy in a New Century”, pp. 6-7.

ha caracterizado por asumir una serie de *distinciones binarias* que han adoptado en ciertos momentos formulaciones radicales. Entre ellas, se encuentran las de “cuerpo/mente”, “determinismo/libertad” y “hecho/valor”.¹³ El carácter vacilante de aquellos interrogantes se debe a que son planteados asumiendo el falso presupuesto de que existe una incompatibilidad entre *la universalidad de principios normativos*, por una parte, y *el pluralismo existente en materia de concepciones morales*, por otra. La identificación de los términos “principios de justicia universales” y “pluralismo de valores” como *designaciones de categorías mutuamente excluyentes* impide una adecuada respuesta a la cuestión. En este sentido, el falso presupuesto está encerrado en la misma terminología en que se enuncia el problema. De manera análoga a la afirmación de que el conocimiento objetivo y universal es consistente con su carácter tentativo, corregible, perspectivista e histórico-contextual,¹⁴ puede sostenerse que *la idea de principios universales de justicia es perfectamente compatible con el hecho del pluralismo cultural de valores*.

Para empezar, debemos definir con mayor precisión la noción de “universalidad”. Pensemos en las siguientes afirmaciones:

$$(1) 5 + 5 = 10$$

(2) El ser humano es producto de la evolución biológica.

(3) Las vacunas tienen como función la prevención de enfermedades.

Tanto (1) como (2) y (3) son enunciados universales y tienen dicha cualidad porque valen más allá del contexto social en el que surgieron. No importa a qué cultura o comunidad pertenezcamos: son universales en virtud de que se encuentran *justificadas desde una perspectiva epistémica*. En otras palabras: son universales porque podemos aportar razones —basadas en ciertos métodos— para fundamentarlas. Esto significa que algo es universal no porque sea aceptado empíricamente por todos —cuestión sociológicamente imposible—, sino en el sentido de que puede proporcionársele un soporte de índole racional. Para decirlo con mayor precisión: la universalidad implica *aceptabilidad racional*. La universalidad, en este sentido, tiene un carácter francamente *contrafáctico*. No importa si soy mexicano, musulmán o norteamericano: *si soy racional* —condicional contrafáctico—, entonces tengo que aceptar la

¹³ John R. Searle, “Fact and Value, «Is» and «Ought» and Reasons for Action”, p. 161.

¹⁴ John R. Searle, “Philosophy in a New Century”, p. 9.

universalidad de dichos enunciados. La universalidad de (1), (2) y (3) no es, por tanto, una cuestión subjetiva o de simple opinión. Tampoco es un asunto de aceptabilidad empírica. *Es una cuestión de justificación.*¹⁵

El cognitivismo moral suele ser contraargumentado señalando que es posible atribuir universalidad a dichos enunciados en virtud de que tienen un *status* “científico” que valida la aplicación de un método —matemático en un caso, naturalista en otro— para justificarlos. Pero, se añade, esto no funciona para enunciados morales. Pensemos en la siguiente oración:

(4) Todos los seres humanos deben ser libres.

En esta dirección, se alega que enunciados como (4) no son susceptibles de validez universal porque no existe un método —como en las matemáticas o en las ciencias empíricas— para justificarlos. Desde esta perspectiva, los escépticos tienen parcialmente la razón: los enunciados morales no tienen un carácter “científico-formal” —como (1)— ni “empírico” —como (2) y (3)—. En este sentido, no pueden ser verdaderos o falsos. *Pero ello no implica que no puedan ser justificados.* Que su fundamento no sea científico *no conlleva que no tengan fundamento alguno.* A pesar de su diferencia de grado, tanto los enunciados científicos como los morales son susceptibles de fundamentación racional, independientemente de que su metodología sea distinta para cada caso. Pero al final, tanto la verdad —o falsedad— de los enunciados científicos como la validez moral —o posible invalidez— de los enunciados morales no es una cuestión subjetiva, de aceptación empírica, de mera opinión. Acepto un enunciado *porque es universal*; no es universal porque lo acepto.¹⁶

¹⁵ En este contexto, es necesario enfatizar que *la falta de aceptación empírica es irrelevante para la universalidad de (1), (2) y (3).* En virtud de que se encuentran fundamentados científicamente —ya sea de manera formal o empírica, según el caso—, es posible afirmar su universalidad. El hecho de que sociológicamente, *i.e.*, empíricamente, no sea aceptada su verdad por algunos —incluso por muchos o todos— no afecta en nada su carácter universal. Repito: la universalidad no implica una aceptabilidad empírica, sino racional. Obviamente, este conjunto de consideraciones implica asumir una perspectiva *realista* como condición implícita de inteligibilidad. Sobre este punto, *vid.*, John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, p. 182.

¹⁶ Imaginemos al postmoderno recalcitrante que niegue la universalidad de, por ejemplo, la oración (2). Dicha negación, por sí misma, no refuta la universalidad de (2). De la misma manera, imaginemos a un político esclavista o fascista que niegue la universalidad de (4): su negación empírica, repito, es totalmente irrelevante. La universalidad de (4) —o la falta de ella— tiene que ser *justificada racionalmente.*

Para refutar el escepticismo, procederé por *reductio ad absurdum*. Para ello, propongo construir una oración en la que se niegue, de manera explícita, sus condiciones de inteligibilidad y posteriormente observar lo que sucede. Pensemos en el siguiente ejemplo:

- (5) Todos los seres humanos deben ser libres, pero dicho requerimiento no es universal.¹⁷

¿Qué es lo que falla en el mismo? Que la segunda parte del enunciado niega la primera, lo que implica una autocontradicción. El escepticismo incurre en un absurdo de este tipo. Cuando dialogamos o argumentamos públicamente, tanto en el ámbito epistémico como en el moral, *presuponemos la exigencia de universalidad de las emisiones respectivas*. En el ámbito moral este presupuesto generalmente no se explicita. Auxiliándome de la terminología de Carlos Pereda, nombraré “meta-presunción de universalidad” a dicha exigencia que hace explícita la extensión de las pretensiones de verdad o corrección moral asociadas a nuestras emisiones lingüísticas.¹⁸ Sin dicha meta-presunción, cualquier discusión que pensemos —científica, moral y estética— no tendría sentido. Así, (5) incurre en la misma autocontradicción que la siguiente oración:

- (6) El Monte Everest tiene nieve y hielo cerca de la cima, y la realidad externa nunca ha existido.¹⁹

Y la razón de estas autocontradicciones es muy sencilla. Tanto en (5) como en (6), la segunda parte de la oración *niega una condición implícita de inteligibilidad* de la emisión en cuestión. En el primer caso, se niega el trasfondo que se da por sentado en las discusiones prácticas —*i.e.*, la meta-presunción de universalidad—; en el segundo caso, se niega tanto la condición que hace posible la enunciación lingüística de (6), así como aquella que permite afirmar que hay nieve y hielo cerca de la cima del Monte Everest, a saber: la existencia de la realidad. Tanto (5) como (6) fracasan desde una perspectiva pragmáti-

¹⁷ O lo que sería su equivalente, al más estilo austiniano: “Todos los seres humanos deben ser libres, pero yo no lo creo”. Si nos percatamos, esta oración es tan desafortunada como aquellas que el mismo Austin nos señala: “el gato está sobre el felpudo pero yo no lo creo” o “John no tiene hijos y todos sus hijos son calvos”. Sobre el particular, *vid.*, John L. Austin, *How to do Things with Words*, p. 48.

¹⁸ Carlos Pereda, *Libertad. Un panfleto civil*, p. 133.

¹⁹ Este ejemplo lo tomo de: John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, p. 189.

co-lingüística. La falta de éxito de estas oraciones se debe, precisamente, a que incurren en un absurdo. Si representamos el esquema de la *reductio ad absurdum* de la siguiente manera: “ $A \dots (B \wedge \neg B) \vdash \neg A$ ”,²⁰ la cuestión queda transparentada. La oración (5) presupone la universalidad $\text{—}B\text{—}$, pero explícitamente niega tal presuposición $\text{—} \neg B\text{—}$; por su parte, (6) presupone que hay una realidad $\text{—}B\text{—}$, pero explícitamente niega su existencia $\text{—} \neg B\text{—}$. En los dos casos, la conclusión es la misma: se determina la falsedad del enunciado por conducir a algo irracional.²¹

Pensemos, finalmente, en la siguiente oración:

(7) La universalidad no es posible.

Pues bien: (7) incurre en la misma autocontradicción que señalábamos arriba *porque ella misma pretende ser universal*: si es verdadera, no podría serlo, porque la universalidad es negada *de manera directa y explícita*. En otros términos: (7) presupone lo que ella niega lingüísticamente. El corolario de estas consideraciones es que tanto los enunciados científicos como los morales *presuponen la noción de universalidad*. Universalidad epistémica en el primer caso; universalidad moral en el segundo. La universalidad —como meta-presunción y condición implícita de inteligibilidad— no es un problema a resolver, sino *un presupuesto* a explicitar. Relativizar las presunciones de verdad y corrección a una persona o a su herencia social resulta auténticamente extravagante.²² Apel y Habermas han denominado “autocontradicciones performativas” a estas situaciones en las que se niegan presuposiciones necesarias de las emisiones.²³ En el ámbito de la teoría jurídica, los ejemplos de Robert Alexy para justificar la existencia de una *pretensión de corrección* en el derecho constituyen una instanciación muy lograda de esta forma de abordar el problema.²⁴

²⁰ Lo que, en términos de lenguaje ordinario se traduce: “todo enunciado A que conduzca a una contradicción ($B \wedge \neg B$), debe ser negado por absurdo ($\neg A$)”.

²¹ Los ejemplos se pueden multiplicar infinitamente: “los matrimonios igualitarios son válidos moralmente, pero no lo creo”, “la democracia es el mejor régimen político y la universalidad no es posible”, “la pobreza es inadmisiblemente moralmente, pero dicho requerimiento no es universal”, “el nazismo fue extremadamente injusto y la crítica moral es imposible”, etcétera.

²² Carlos Pereda, *Libertad. Un panfleto civil*, p. 133.

²³ Sobre este concepto, *vid.*, Karl-Otto Apel, *La transformación de la filosofía I. Análisis del lenguaje, semiótica y hermenéutica*, p. 58; del mismo autor, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, pp. 113-124; Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, p. 91.

²⁴ Me refiero a ejemplos como “X es una república soberana, federal e injusta” o “el acusado es condenado falsamente a prisión perpetua”. En ambos casos, se incurre en una falla conceptual

¿Qué implica, por tanto, hablar de la universalidad de los derechos humanos? Que los mismos, *para poder atribuirles el predicado de universalidad*, deben ser susceptibles de una justificación *racional*. Idealmente, un miembro de cualquier cultura, *si es racional*, tendría que aceptar su universalidad. Esto explica perfectamente que la pluralidad cultural no proporciona evidencia alguna *ni a favor ni en contra* de esta noción. La universalidad de los derechos, así como la universalidad en materia epistémica o moral, no es fáctica sino *contrafáctica*. Implica validez.²⁵ En este sentido, cualquier intento de refutación de los derechos haciendo referencia a su falta de aceptación empírica *no prueba nada*. Cuando se descalifica la universalidad de los derechos humanos aduciendo la ausencia de aceptación sociológico-cultural por parte de diversas comunidades en el mundo —como es el caso de las perspectivas de Chantal Mouffe y Danilo Zolo, por mencionar sólo dos ejemplos—, se incurre en una manera incorrecta de abordar el problema.²⁶

Es importante enfatizar que la refutación del escepticismo ético no expresa, *per se*, que los derechos humanos sean universales. Dicha refutación sólo implica lo siguiente: 1) que no podemos negar el principio de universalidad en cuestiones morales, y 2) que las referencias empíricas en contra no valen como contraargumento a la noción de universalidad. El problema referido al *fundamento* de los derechos humanos es el que abordaré a continuación. Si la argumentación que presente es satisfactoria —y sólo hasta entonces—, estaremos autorizados a confirmar nuestra intuición manifestada al principio de este ensayo.

III. Los fundamentos de una aproximación constructivista

Los derechos humanos —al igual que todos los principios morales y jurídicos— son una construcción social. A pesar de las diversas tesis referidas a su

porque explícitamente se contradice una condición implícita y necesaria de inteligibilidad. Sobre esta temática, *vid.*, Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, pp. 41-45.

²⁵ Es por esta razón que estoy en contra de entender la universalidad de una manera ajena a la justificación. Por ejemplo, cuando Ernesto Laclau entiende la universalidad como un proceso estrictamente de hegemonía logrado mediante una lógica de equivalencias, la noción es entendida de manera bastante diferente. Una universalidad contaminada siempre por la particularidad es, a mi forma de ver, contradictoria. Sobre este tema, *vid.*, Ernesto Laclau, “Construir la universalidad”, pp. 302-304.

²⁶ Sobre estas cuestiones, *vid.*, Chantal Mouffe, *En torno a lo político*, pp. 133-134; Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, pp. 88-89.

contexto de origen, es factible señalar que los mismos son un producto de la Ilustración europea y que su configuración actual es resultado de un conjunto de eventos ocurridos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.²⁷

El hecho de que los derechos humanos sean un producto histórico derivado de determinadas circunstancias sociales parece entrar en contradicción con la noción *intuitiva* que señalamos el principio de este trabajo: aquella según la cual los derechos humanos son universales. Así, el problema de la universalidad puede reformularse del modo siguiente: ¿cómo es posible que derechos surgidos histórica y regionalmente —*i.e.*, constructos sociales— puedan tener al propio tiempo la característica de ser “universales”? La tesis que sostendré es la siguiente: los derechos humanos son universales, pero dicha propiedad sólo puede ser justificada a través de un modelo *constructivista* de argumentación moral.

En el ámbito de la metaética, la expresión “constructivismo” designa una perspectiva según la cual los principios de justicia son identificados como el resultado de un procedimiento, *i.e.*, de una serie de condiciones contrafácticas de deliberación racional. El propósito de dicho procedimiento es garantizar la *objetividad* de la elección de los principios. Si bien existen diversas modalidades de constructivismo moral, ha sido la propuesta kantiana la que ha tenido mayor influencia en las últimas décadas.²⁸

El término “constructivismo kantiano” (*Kantian Constructivism*) fue acuñado por John Rawls para contrastarlo con su propio modelo de constructivismo político.²⁹ En el mundo anglosajón, los exponentes más relevantes del constructivismo han sido el mismo Rawls, Christine M. Korsgaard, Onora O’Neill, Thomas M. Scanlon y Thomas E. Hill. En el ámbito continental sobresalen los trabajos de Jürgen Habermas y Rainer Forst.

En términos de modelación metaética, el constructivismo se caracteriza por defender una concepción cognitivista de la moral. Pero, a diferencia de otras propuestas, se basa en un punto de vista de corte *antirrealista*.³⁰ En esta

²⁷ Sobre este punto, *vid.*, Robert Alexy, “Diskurstheorie und Menschenrechte”, p. 128; John R. Searle, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, p. 180; Samuel Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History*, pp. 1-3.

²⁸ Para una caracterización general del constructivismo, *vid.*, Carla Bagnoli, “Constructivism in Metaethics”; James Lenman y Yonatan Shemmer, “Introduction”, pp. 1-3; John Rawls, *Political Liberalism*, pp. 89 y ss.

²⁹ John Rawls, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, pp. 516 y ss.

³⁰ Onora O’Neill, *Construction of Reason. Explorations of Kant’s Practical Philosophy*, p. 206.

dirección, el constructivismo se distingue del *realismo moral*. Según la perspectiva realista, los conceptos morales y la noción de razón práctica tienen una función primordialmente *descriptiva*: hacen referencia a elementos constitutivos de la realidad —*i.e.*, a hechos o propiedades morales—, los cuales integran la dimensión normativa del mundo.³¹ El realista moral entiende la filosofía práctica como una especie de “conocimiento” de verdades morales que corresponden a entidades o hechos intrínsecamente normativos. Dicho conocimiento habría de aplicarse con posterioridad a la solución de problemas.³² La moralidad, por tanto, *se descubre* y se encuentra incorporada en un diseño pre-existente de índole divino o secular.³³

La aproximación constructivista es, en contraste con el realismo moral, anti-descriptivista y anti-representacionista: las exigencias morales no son descubrimientos, sino que equivalen a *construcciones de agentes humanos*.³⁴ La función de los conceptos morales no es, desde esta óptica, efectuar alguna modalidad de descripción, sino plantear problemas deliberativos y proponer soluciones prácticas con base en ciertas constricciones racionales.³⁵ Es por este motivo que la validez de los principios de justicia se agota en la *aceptabilidad racional* bajo las condiciones ideales establecidas por un procedimiento constructivo. Por tanto, la universalidad de dichos principios no es fáctica, sino contrafáctica: no apunta más allá del dominio de la *justificación* —la cual habrá de garantizar la imparcialidad exigida por el punto de vista moral—, sin necesidad de presuposición ontológica alguna. Para decirlo en términos más precisos: los principios de justicia son válidos no porque tengan como referente hechos morales de algún tipo, sino en virtud de que merecen un *reconocimiento universal* con base en razones.³⁶ El Cuadro 1 nos permite observar de manera clara la diferencia entre el realismo moral y la aproximación constructivista:

³¹ Christine M. Korsgaard, *La creación del reino de los fines*, p. 19.

³² Christine M. Korsgaard, “Realism and Constructivism in Twentieth-Century Moral Philosophy”, pp. 100 y 115; de la misma autora, *Las fuentes de la normatividad*, pp. 32-33.

³³ Por ello, se ubica al realismo moral dentro de aquellos modelos que siguen “el sendero del descubrimiento” (*the path of discovery*). Sobre este punto, *vid.*, Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, pp. 4-10.

³⁴ Onora O’Neill, “Constructivism in Rawls and Kant”, p. 348.

³⁵ Christine M. Korsgaard, *La creación del reino de los fines*, pp. 19-20.

³⁶ En este sentido, *vid.*, Jürgen Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, pp. 56-57; Francisco Castillejos, *La ratio iuris en la era de la postmetafísica. Jürgen Habermas y la nueva fundamentación teórico-discursiva de la filosofía del derecho*, pp. 240-246.

Cuadro 1

Realismo moral	Constructivismo moral
<p>Perspectiva descriptivista:</p> <p>1.- Las exigencias morales se corresponden con <i>hechos morales</i> susceptibles de descubrimiento.</p> <p>2.-Existen “verdades morales”.</p> <p>Los enunciados de la filosofía moral son de índole <i>descriptivo</i>.</p>	<p>Perspectiva anti-descriptivista:</p> <p>1.-Las exigencias morales no se corresponden con hecho alguno.</p> <p>2.-No existen “verdades morales”.</p> <p>Los enunciados de la filosofía moral no describen nada. Su universalidad sólo se sostiene en el nivel de la <i>justificación</i>.</p>

Un ejemplo puede transparentar aún más esta distinción: pensemos en el *status* del principio moral de libertad. Desde una óptica realista, la validez de la libertad únicamente podría derivarse de un enunciado descriptivo que diera cuenta de ciertos *hechos morales*. Así, la exigencia de libertad no sería otra cosa que una entidad que está en el mundo y que puede ser “descubierta” a través de un proceso epistémico de representación —de lo cual se concluiría su objetividad—. Esta concepción sustancialista se encuentra en las antípodas de una visión constructivista: según esta última, el principio de libertad es objetivo únicamente en el sentido de que podemos *justificarlo* con base en determinadas razones. El problema, desde este enfoque, no es de corte metafísico. No se trata de explicar una pretendida dimensión real de la exigencia de libertad; más bien, la cuestión gira en torno a la *argumentación* que permita sostener la validez del principio.

Con base en lo anterior, puede afirmarse que la meta de la aproximación constructivista es el diseño de un *mundo moral* con base en una metodología procedimental determinada.³⁷ Como consecuencia de que los principios de justicia son el resultado de un procedimiento contrafáctico de construcción, se ha identificado al filósofo constructivista como un “procedimentalista hipotético” (*hypothetical proceduralist*).³⁸ En este sentido, las argumentaciones de este tipo guardan fuertes analogías con el constructivismo en filosofía de las matemáticas.³⁹ Si bien existen diversas modalidades de perspectivas cons-

³⁷ Esta óptica es identificada como “el sendero de la invención” (*the path of invention*), *vid.*, Walzer, *op. cit.*, pp. 10-11.

³⁸ Stephen Darwall, Allan Gibbard y Peter Railton, “Toward Fin de siècle Ethics: Some Trends”, p. 140.

³⁹ John Rawls, *Political Liberalism*, pp. 102-103; Thomas M. Scanlon, “Contractualism and Utilitarianism”, pp. 104-105.

tructivistas en materia moral, el paradigma que más influencia ha tenido ha sido el elaborado por Immanuel Kant a partir de su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* de 1785. El éxito de la perspectiva kantiana se basa en que la metodología propia del imperativo categórico tiene como objetivo garantizar la universalidad e imparcialidad de los principios construidos.⁴⁰

Para aprehender los aspectos metodológicos propios del constructivismo kantiano, conviene hacer una distinción propuesta por Rawls —y desarrollada por Korsgaard— entre “concepto” (*concept*) y “concepción” (*conception*) de justicia.⁴¹ Un *concepto de justicia* no es un nombre que tenga como referente algo en el mundo; más bien, es el nombre de un problema —*v.gr.*, la libertad, la distribución, la participación política, etcétera—. Por su parte, una *concepción de la justicia* es un modelo o principio que proporciona una solución a dicho problema.⁴² El material del que parten los constructivistas para diseñar tanto el procedimiento hipotético como la elección de los principios de justicia es, en términos generales, una determinada *concepción de las personas*: éstas se asumen como entidades libres, iguales, racionales y con un punto de vista moral.⁴³ La idea principal es que las exigencias construidas de esta manera son aquellas que ninguna persona, motivada de manera adecuada, podría razonablemente rechazar.⁴⁴

Esta estructura está presente en el argumento kantiano del imperativo categórico y en los desarrollos constructivistas contemporáneos que se inspiran en la obra de Kant. En su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant introduce la primera formulación del imperativo categórico en los siguientes términos: “Actúa sólo de conformidad con aquella máxima que, al mismo tiempo, puedas querer que se convierta en ley universal”.⁴⁵ Más ade-

⁴⁰ En torno a las diferentes características del modelo kantiano, *vid.*, Jürgen Habermas, *Diskursethik. Philosophische Texte. Band 3*, pp. 116-118; Rainer Forst, *Contexts of Justice. Political Philosophy Beyond Liberalism and Communitarianism*, pp. 176-178; Dietmar von der Pfordten, *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*, pp. 97-98.

⁴¹ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 5. Rawls se inspira en algunas distinciones análogas propuestas por Hart. Sobre el particular, *vid.*, H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 155-160.

⁴² Christine M. Korsgaard, *La creación del reino de los fines*, p. 20. En el ámbito de la filosofía del derecho, Dworkin distingue de manera similar entre “conceptos de derecho” y “concepciones del derecho”, *vid.*, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 90-94.

⁴³ John Rawls, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, pp. 297-301; Lenman y Shemmer, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴ Thomas M. Scanlon, *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?*, p. 243.

⁴⁵ Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, p. 31.

lante, Kant presenta la llamada fórmula de la humanidad: “Actúa de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu propia persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin, nunca solamente como un medio”.⁴⁶ En este planteamiento, toda criatura racional digna y autónoma es conceptualizada como un “fin en sí mismo” (*Zweck an sich selbst*).⁴⁷ Reformulando el argumento kantiano en la terminología de Rawls y Korsgaard, la estructura queda como sigue: el *concepto*, *i.e.*, el problema de Kant es el de la libertad y la determinación de razones para la acción. Mediante la reflexión, se diseña una *concepción* que equivale a un procedimiento que establece fuertes restricciones racionales a la deliberación.⁴⁸ Ese procedimiento se manifiesta en el imperativo categórico y la fórmula de la humanidad.

La pretensión fundamental de esta metodología es que la configuración del procedimiento debe ser de tal manera que se garantice la obtención de principios *imparciales*. Las posibles alternativas, para ser consideradas razones para la acción, deben pasar por un test de universalidad. Por este motivo es que no todos los intereses o necesidades *son universalizables*. Para sostener que cierta norma es universal, se debe determinar si su contenido es tal *que todos los posibles participantes*, desde una perspectiva racional, *la aceptarían*. La explicación de Kant sobre por qué ciertas máximas —el suicidio, el incumplimiento de las promesas, la falta de cultivo de los propios talentos o la negación de ayuda a los demás— no pueden ser consideradas leyes universales es muy ilustrativa en este punto.⁴⁹

En el ámbito de la filosofía moral y política, la metodología kantiana se ha recuperado y reformulado en términos contemporáneos. Ya sea que se plantee desde un modelo neo-contractualista que diseña una posición original en la cual personas racionales artificiales escogen, bajo un velo de ignorancia, los principios de justicia que habrán de gobernarlos —Rawls—⁵⁰ o desde una

⁴⁶ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁷ Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica*, p. 84.

⁴⁸ Christine M. Korsgaard, “Realism and Constructivism in Twentieth-Century Moral Philosophy”, p. 116.

⁴⁹ Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, pp. 31-33.

⁵⁰ Como se sabe, los principios de justicia que se elegirían en la posición original son los siguientes: 1) cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más amplio de libertades básicas compatible con libertades similares para los demás, y 2) las desigualdades sociales y económicas han de ser estructuradas de tal manera que beneficie a todos; en particular, a los menos aventajados. Sobre estas cuestiones, *vid.*, John Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 12, 60 y 83. Sobre la noción de contrato social como recurso excelente que hace valer las exigencias de los argumentos constructivos, *vid.*, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 176.

pragmática lingüística que dispone un principio según el cual las normas universales son aquellas a las que todos los posibles afectados podrían prestar su acuerdo como participantes en discursos racionales —Habermas—,⁵¹ la estructura es la misma: por un lado se parte de un *concepto de justicia* que equivale al problema de la distribución de derechos, beneficios y cargas en un contexto constitucional, y por otro, se propone una *concepción de justicia* bajo la forma de criterios contrafácticos restrictivos que —de manera análoga al imperativo categórico y a la fórmula de la humanidad— se constituyen en una fuente de razones para la acción.

Al constructivismo kantiano se le suele objetar que tiene un carácter vacío o, en el mejor de los casos, que posee un contenido difuso. Sin embargo, la universalidad requerida por sus estructuras contrafácticas depende —conviene subrayarlo una y otra vez— de la exigencia de imparcialidad incorporada en ellas.⁵² En todo caso, el constructivismo aspira a ser un *proyecto de inclusión*. Tanto la idea de “justicia como imparcialidad” (*justice as fairness*) del modelo rawlsiano como el requerimiento habermasiano de justificación de normas mediante argumentaciones entre iguales, públicas, inclusivas, descentradas y libres de toda coacción, ejemplifican tal proyecto.⁵³

IV. La justificación de la universalidad de los derechos humanos

Para explicitar los elementos que integran una justificación constructivista de los derechos humanos es necesario introducir un par de distinciones centrales. Una tiene que ver con la génesis y fundamento de los derechos; la otra, con la noción de universalidad y sus diversas modalidades.

Con respecto a la génesis y fundamento de los derechos humanos, cabe diferenciar el *contexto de surgimiento* del *contexto de justificación* de los mismos. Como construcciones sociales, *i.e.*, como una invención humana, los derechos humanos surgieron en una etapa histórica y en una región geográ-

⁵¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, p. 138.

⁵² Carlos Pereda, *Razón e incertidumbre*, p. 250.

⁵³ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 11; Jürgen Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, pp. 56-57.

ficamente identificable, a saber: la Ilustración europea. El desarrollo tanto filosófico como jurídico de las ideas de igualdad, dignidad y autonomía en términos seculares no se dio en todo el mundo, sino solamente en este específico contexto. No obstante, la cuestión de la universalidad de los derechos humanos no se ve afectada por esto debido a que no equivale a su *génesis*. Por lo contrario, universalidad implica *validez*. Mientras que la *génesis* se refiere a un ámbito espacial y cultural determinado, la *validez* es independiente de ello. Para decirlo con más precisión: la *génesis* es *fáctica*; la *validez* universal es *contrafáctica* y se soporta únicamente en el nivel de la justificación. Si es posible proporcionar dicha justificación, la noción de derechos humanos podrá ser despojada de adjetivos negativos como “pensamiento etnocéntrico”, “imperialismo cultural” o “tiranía de lo universal”, y verse como una bandera de emancipación en cualquier parte del mundo.⁵⁴ Con base en esta contrafactividad propia de la universalidad, *cualquier cultura puede hacer suyo el discurso de los derechos*.

Una segunda distinción que debe introducirse es aquella entre *universalidad de la estructura* y *universalidad de la validez*.⁵⁵ El primer concepto tiene que ver con la cuantificación lógica universal asociada a los derechos humanos: se trata de prerrogativas cuyos titulares son *todas las personas* en un plano de igualdad.⁵⁶ El segundo concepto da cuenta de la *fundamentación moral* de los derechos: son universales porque serían aceptados por todos los sujetos racionales en condiciones ideales. Una justificación constructivista se refiere primordialmente a la universalidad de la *validez*.⁵⁷ Teniendo como antecedente estos deslindes, puede aplicarse el esquema constructivo “concepto/concepción” al tema que abordamos.

El *concepto de derechos humanos* se refiere a la formulación de un problema: ¿qué contenidos normativos deben ser considerados universales? ¿Qué

⁵⁴ Es por este conjunto de consideraciones que un modelo que es producto de Occidente puede prestar su voz a las culturas no occidentales. Sobre este tema, *vid.*, Otfried Höffe, *El proyecto político de la modernidad*, pp. 129-131.

⁵⁵ Robert Alexy, “La institucionalización los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, p. 26.

⁵⁶ Esto significa que los derechos humanos se basan en la idea de *igualdad* de todas las personas: basta con pertenecer al género humano para ser poseedor de los mismos. Sobre este punto, *vid.*, Jack Donnelly, “The Relative Universality of Human Rights”, pp. 282-283; Thomas Pogge, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, p. 81.

⁵⁷ Para un desarrollo de estos conceptos, *vid.*, Francisco Castillejos, “Derechos, garantismo y paradigma constitucional. Discusiones epistemológicas en torno a la reforma de 2011”, p. 247.

prerrogativas deben ser reconocidas a todas las personas sin importar sus características contingentes? En esta línea, se ve que el planteamiento constructivista no se interroga acerca del *status* ontológico de los derechos. El problema no es metafísico, sino de justificación.⁵⁸ *Una concepción de los derechos humanos* se dirige, por su parte, a proponer una solución al problema planteado. ¿Qué derechos son universales? La respuesta es la siguiente: sólo aquellos que puedan justificarse desde un *punto de vista imparcial*. Ello conduce al diseño de un procedimiento o experimento mental que establezca restricciones que no pueden darse en la vida real, con el objetivo de garantizar resultados imparciales y, por consiguiente, *universales*. Modelos como los de Rawls o Habermas representan, más allá de sus divergencias, concepciones exitosas para realizar una justificación constructivista de los derechos.

Una objeción que puede hacerse a este tipo de modelación tiene que ver con la posible arbitrariedad de los derechos elegidos a través de un procedimiento hipotético. Esta tesis ha sido sostenida por una diversidad de corrientes contrarias al llamado “etnocentrismo” de los principios normativos de Occidente.⁵⁹ Dicha concepción es incorrecta por las siguientes razones. Si bien los derechos son construcciones, no son “simples” construcciones. Las restricciones del procedimiento constructivo conducen a la elección de *constructos justificados*.⁶⁰ El hecho de que el modelo constructivista parta de una concepción incluyente e igualitaria de la persona impide que ciertos contenidos normativos sean elegidos. Por ejemplo, prerrogativas relativas a la exterminación de un grupo étnico o a la posesión de esclavos no pasa, por ningún motivo, un test de universalidad. En cambio, principios como “se debe respetar la libertad e igualdad de las personas”, “no se discriminará a nadie por condición social” o “todos tienen derecho a la educación” pasan la prueba: todos ellos son universalizables. Los criterios de aceptabilidad racional

⁵⁸ Es por esta razón que me opongo a una fundamentación que tome como base una “metafísica de los derechos humanos”. Para una aproximación de este último tipo —la cual distingue entre fundamentaciones sustancialistas y constructivistas—, *vid.*, Enrique Villanueva, “La fundamentación metafísica de los derechos humanos”, pp. 87 y ss.

⁵⁹ Véase, por ejemplo: Enrique Dussel, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, pp. 174-180. Para una crítica a esta tesis y más bibliografía al respecto, *vid.*, Francisco Castillejos, “Enrique Dussel: entre Latinoamérica y la hermenéutica de la otredad”, pp. 37 y ss.

⁶⁰ Rainer Forst, “The Basic Right to Justification. Toward a Constructivist Conception of Human Rights”, p. 44.

son cumplidos por las exigencias de libertad, no-discriminación y derecho a la educación; no pasa así con los requerimientos de exterminio y esclavitud.

Dichos resultados de la aproximación constructivista presuponen, por consiguiente, el ideal de que *todas y cada una de las personas deben ser tomadas en serio*.⁶¹ Pensemos en el problema de cómo justificar la igualdad de género o el matrimonio igualitario. En estos casos, al igual que en las otras situaciones que se han mencionado, la justificación no puede desarrollarse desde una modalidad *empírica* —v. gr., mediante una consulta popular o por apelación a los valores tradicionales de una comunidad dada— ni desde una variante *consecuencialista* —i.e., a través de un cálculo de los beneficios y costos de los derechos aludidos—. La parcialidad propia de la facticidad no puede fundamentar nada. Al contrario: puede *excluir derechos normativamente justificados*. La perspectiva constructivista, al configurar una estructura racional contrafáctica de justificación práctica en la que los límites procedimentales evitan una toma arbitraria de decisiones, hace posible la argumentación a favor de la igualdad de género y la inclusión en materia matrimonial con base en la idea de *imparcialidad* que conlleva la satisfacción del test de universalidad. La negación de dichos derechos equivaldría, desde esta perspectiva, a un *absurdo normativo*: nadie, desde un punto de vista racional, podría oponerse a ellos. Si simbolizamos el operador condicional contrafáctico como “ $\square \rightarrow$ ”, el antecedente como “ ϕ ” y el consecuente como “ ψ ”, la estructura de la implicación constructiva sería la siguiente: $\phi \square \rightarrow \psi$.⁶² Llevada al problema que planteamos, dicha formulación se instanciaría como:

Si las personas fueran racionales e imparciales $\square \rightarrow$
escogerían regirse por derechos humanos.

Así, la negación de algún derecho humano manifestaría un absurdo normativo: $\phi \square \rightarrow \psi, \neg \psi \vdash \neg \phi$. El Cuadro 2 nos permite dar cuenta de cómo opera la justificación de la universalidad de los derechos humanos en términos constructivos.

Imaginemos dicha situación original contrafáctica —ya sea decisoria o argumentativa— sometida a restricciones procedimentales como la inclusión,

⁶¹ Robert Alexy, “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, p. 40.

⁶² En esta simbolización me inspiro en las propuestas de Lewis sobre condicionales contrafácticos estrictos. Sobre esta problemática, *vid.*, David Lewis, *Counterfactuals*, pp. 1-4.

Cuadro 2

Procedimiento hipotético	Resultados
Situación original contrafáctica —decisoria o argumentativa— sometida a ciertas restricciones racionales cuyo propósito es garantizar la imparcialidad de sus resultados.	Constructos justificados —derechos universales— que equivalen a prerrogativas <i>imparciales</i> , <i>i.e.</i> , elegidas o justificadas con base en las restricciones racionales de la situación original.

la igualdad de los participantes, la prohibición de la violencia, el desconocimiento de las propias circunstancias y el requerimiento de que los resultados deben favorecer a *todos los involucrados*. ¿Qué derechos imparciales se derivarían de dicho proceso? A mi modo de ver, serían —por lo menos— los siguientes:

- 1.- Derechos de libertad —de expresión, de tránsito, de religión, de profesión, de libre desarrollo de la personalidad, etcétera—, derecho a la no-discriminación, derecho a participar en la vida política del Estado, derecho a la vida, derecho de propiedad y derecho al debido proceso.
- 2.- Derechos sociales —educación, salud, trabajo y mínimo vital—. Estos tienen como función superar ciertos desequilibrios derivados del sistema del mercado y de diversas condiciones contingentes tanto sociales como particulares, sirviendo de precondiciones para que los derechos del bloque anterior puedan ser ejercidos de manera real.

Para hacer efectivas estas prerrogativas en la práctica, los participantes en esta situación original contrafáctica pactarían, de manera complementaria, un conjunto de *garantías para la protección de dichos derechos*. —*i.e.*, una serie de mecanismos o procedimientos administrativos y jurisdiccionales para asegurar su cumplimiento—. Además, considero que se establecería una prioridad *prima facie* de las prerrogativas del primer bloque sobre las del segundo. Ello se justificaría de la siguiente manera: es necesaria una herramienta preventiva en contra de pretensiones autoritarias que, con base en argumentos exclusivamente sociales, dejasen sin libertades a los participantes del orden social bajo la promesa de una mejora económica inmediata. Esto se basa en la idea de que, *sin libertades básicas, un sistema efectivamente protector de derechos humanos desaparecería*.⁶³ La noción de “Estado de bienestar” (*Wel-*

⁶³ Dicha prioridad debe entenderse *únicamente* en este sentido: su propósito es evitar el establecimiento de un régimen autoritario. No significa que, en el caso de una colisión de un derecho de libertad

fare State) o “capitalismo de bienestar” (*Welfare Capitalism*) manifiesta esta prioridad que, de hecho, es compartida por todas las democracias constitucionales contemporáneas.⁶⁴

Como puede verse, el fundamento de la universalidad de los derechos humanos no se sostiene sobre su reconocimiento legal o respaldo comunitario, ni se reduce a su estructura lógica de cuantificación, aunque esta última sea una *conditio sine qua non* de los mismos. Es por esta razón que modelos célebres como el de James Griffin —al negar la universalidad de la estructura— o el garantismo de Luigi Ferrajoli —al conceptualizar los derechos fundamentales rechazando la universalidad de la validez— no son sólo contraintuitivos, sino erróneos. En el caso de Griffin, los derechos humanos no son universales en la clase de los seres humanos, sino que se restringen a la subclase de los agentes normativos humanos —lo que implica que los bebés, los enfermos neurológicos y los pacientes en coma irreversible no pueden ser titulares de las comentadas prerrogativas—. ⁶⁵ En el caso de Ferrajoli, los derechos que se consideran fundamentales no son identificados sobre la base de su contenido ni de los intereses o necesidades que tutelan, sino con base en criterios estrictamente *formales*. Ello significa que ciertas prerrogativas son reconocidas como derechos fundamentales si y solo si están incorporadas en una norma positiva y poseen una estructura universal puramente lógica.⁶⁶ En este sentido, afirma el jurista italiano:

(...) entiendo “universal” el sentido puramente *lógico y avalorativo* de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. *Pero allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto*

con un derecho social, prevalezca *necesariamente* el primero. En este orden de ideas, el examen de proporcionalidad en general y la ponderación en particular son perfectamente compatibles con la prioridad *prima facie* que señalo. Sobre esta cuestión, *vid.*, Robert Alexy, “Derechos moral y la existencia de los derechos humanos”, p. 40. La noción de “orden serial o lexicográfico” (*serial or lexical order*) de los principios de justicia de Rawls coincide, *mutatis mutandis*, con la prioridad que menciono, *vid.*, John Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 42-43.

⁶⁴ Para un análisis de estos conceptos, *vid.*, Gøsta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, pp. 18 y ss.

⁶⁵ James Griffin, *On Human Rights*, p. 50.

⁶⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pp. 37-39.

*virtualmente no universales (...) estos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales.*⁶⁷

Este es un grave error, ya que implica que tanto la universalidad de los derechos de los individuos como su carácter indecible dependerían de la contingencia política.⁶⁸ Por esta razón, es conveniente enfatizarlo una y otra vez: los derechos humanos son universales porque serían elegidos o justificados desde una situación original —decisoria o argumentativa— que garantice la imparcialidad y no porque pertenezcan a una constitución rígida o sean seleccionados empírica y formalmente por un pueblo, una legislatura o un congreso constituyente.

V. Reflexión final

El problema de la universalidad de los derechos humanos no se reduce a una cuestión teórica. Como construcción social, los derechos humanos representan un progreso moralmente cualitativo en la historia de la humanidad y su importancia crece día con día. Tristemente, las violaciones a los derechos de las personas siguen siendo algo cotidiano, incluso en aquellos Estados constituidos como democracias constitucionales. El problema se complica cuando en el ámbito de la filosofía sigue existiendo un sector relevante que desde diversas trincheras —*v. gr.*, el comunitarismo, el postmodernismo, etcétera— tiene como destinataria de sus ataques la noción que hemos analizado en el presente ensayo. No deja de ser sintomático que sea en los países occidentales de primer mundo —*i. e.*, en un contexto en el que dichos derechos se encuentran garantizados de manera sobresaliente— el lugar donde esta literatura está más extendida. Esto significa que la importancia del filósofo en estas

⁶⁷ *Ibid.*, p. 38 (las cursivas son del autor). No debe extrañar, por tanto, que Ferrajoli se oponga a las propuestas del paradigma constitucional principialista representado por los trabajos de Ronald Dworkin y Robert Alexy. En particular, Ferrajoli no acepta: a) la distinción entre reglas y principios, b) el cognitivismo ético del principialismo, c) la tesis de la vinculación que sostiene que entre derecho y moral existe una conexión conceptual necesaria, y d) el argumento de la ponderación. En otras palabras: mientras que el garantismo es un “positivismo crítico” o “constitucionalismo positivista”, los modelos principialistas de Dworkin y Alexy son *postpositivistas*. Sobre esta cuestión, *vid.*, Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, pp. 19-24.

⁶⁸ Para una crítica más amplia del modelo garantista de Ferrajoli, *vid.*, Francisco Castillejos, “Derechos garantismo y paradigma constitucional. Discusiones epistemológicas en torno a la reforma de 2011”, pp. 248-254.

discusiones es central. Ante la diversidad cultural, el pluralismo de valores y las tentaciones gubernamentales regresivas, al filósofo del derecho le corresponde explicitar los presupuestos de los diversos posicionamientos y proporcionar, en la medida de sus posibilidades, una fundamentación normativa que permita a los demás integrantes del orden social comprender la relevancia que conlleva la protección de las personas y su dignidad. La aproximación constructivista suministra una alternativa al dilema trágico representado por el realismo moral, por un lado, y el relativismo ético, por otro. Por tanto, es una opción que vale la pena seguir si no se quiere caer en las garras —amargamente tan de moda en la actualidad— del derrotismo jurídico y moral.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”. *Derecho y razón práctica*. México, Fontamara, 1993, pp. 25-41.
- _____. “Diskurstheorie und Menschenrechte”. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995, pp. 127-164.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2008.
- Apel, Karl-Otto. *La transformación de la filosofía I. Análisis del lenguaje, semiótica y hermenéutica*. Madrid, Taurus, 1985.
- _____. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona, Paidós, 1991.
- Austin, John L. *How to do Things with Words*. 2a ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1975.
- Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa, 1982.
- Castillejos, Francisco. *La ratio iuris en la era de la postmetafísica. Jürgen Habermas y la nueva fundamentación teórico-discursiva de la filosofía del derecho*. México, Tirant Humanidades/UAM-I, 2014.
- _____. “Derechos, garantismo y paradigma constitucional. Discusiones epistemológicas en torno a la reforma de 2011”. *Diez años, un nuevo paradigma y diversos proyectos de país. Un balance interdisciplinario de la reforma constitucional de derechos humanos del 2011*. Jaime Verdín, Mario A. Hernández y Luis González (coords.), México, Universidad Autónoma de Tlaxcala/Ubijus, 2022, pp. 239-261.

- Dussel, Enrique. *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid, Trotta, 1998.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978.
- . *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.
- Esping-Andersen, Gøsta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Princeton, N. J., Princeton University Press, 1990.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2006.
- Forst, Rainer. *Contexts of Justice. Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarianism*. California, University of California Press, 2002.
- Griffin, James. *On Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Habermas, Jürgen. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1983.
- . *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1992.
- . *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1999.
- . *Diskursethik. Philosophische Texte. Band 3*. Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2009.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. 2a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Höffe, Otfried. *El proyecto político de la modernidad*. Buenos Aires, UAM-FCE, 2008.
- Kant, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- . *Crítica de la razón práctica*. ed. bilingüe alemán-español, México, Miguel Ángel Porrúa/UAM-I, 2001.
- Kennedy, Duncan. *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. México, Siglo XXI, 2013.
- Korsgaard, Christine M. *Las fuentes de la normatividad*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2000.
- . *La creación del reino de los fines*. México, UNAM-UAM-UACH, 2011.
- Laclau, Ernesto. "Construir la universalidad". *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Judith Butler, Ernesto Laclau y Slavoj Žižek, Buenos Aires, FCE, 2011, pp. 281-305.
- Lenman, James y Yonatan Shemmer. "Introduction". *Constructivism in Practical Philosophy*. James Lenman y Yonatan Shemmer (coords.), Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1-17.
- Lewis, David. *Counterfactuals*. Malden, Mass., Blackwell Publishers, 2001.
- MacIntyre, Alasdair. *After Virtue. A Study in Moral Theory*. 3a ed., Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press, 2007.

- Martin, Rex. "Are Human Rights Universal?". *Human Rights. The Hard Questions*. Cindy Holder y David Reidy (coords.), Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 59-75.
- Mouffe, Chantal. *En torno a lo político*. Buenos Aires, FCE, 2007.
- Moyn, Samuel. *The Last Utopia. Human Rights in History*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2010.
- Nino, Carlos S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.
- O'Neill, Onora. *Construction of Reason. Explorations of Kant's Practical Philosophy*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- _____. "Constructivism in Rawls and Kant". *The Cambridge Companion to Rawls*. Samuel Freeman (coord.), Nueva York, Cambridge University Press, 2003, pp. 347-367.
- Pereda, Carlos. *Razón e incertidumbre*. México, Siglo XXI Editores-UNAM, 1994.
- _____. *Libertad. Un panfleto civil*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2020.
- Pfordten, Dietmar von der. *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*. Munich, C. H. Beck, 2013.
- Pogge, Thomas. *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona, Paidós, 2005.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971.
- _____. *Political Liberalism*. ed. ampliada, Nueva York, Columbia University Press, 2005.
- _____. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Barcelona, Paidós, 2007.
- Scanlon, Thomas M. *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?* Barcelona, Paidós, 2003.
- _____. "Contractualism and Utilitarianism". *Utilitarianism and beyond*. Amartya Sen y Bernard Williams (coords.), Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 103-218.
- Searle, John R. *The Construction of Social Reality*. Nueva York, The Free Press, 1995.
- _____. "Philosophy in a New Century". *Philosophy in a New Century. Selected Essays*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 4-25.
- _____. "Fact and Value, 'Is' and 'Ought' and Reasons for Action". *Philosophy in a New Century. Selected Essays*. Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 161-180.
- _____. *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Sen, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2009.

- Villanueva, Enrique. “La fundamentación metafísica de los derechos humanos”. *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. VI. José Luis Curiel (coord.), México, UNAM-IIJ, 1982, pp. 87-95.
- Walzer, Michael. *Interpretation and Social Criticism*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.
- Williams, Bernard. *Morality. An Introduction to Ethics*. Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- Zolo, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Buenos Aires, Edhasa, 2007.

Hemerográficas

- Alexy, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”. *Derechos y libertades*, Vol. 5, Núm. 8, enero-junio 2000, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 21-41.
- _____. “Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos”. *Signos Filosóficos*, Vol. XV, Núm. 30, julio-diciembre 2013, México, UAM-I, pp. 153-171.
- Castillejos, Francisco. “Enrique Dussel: entre Latinoamérica y la hermenéutica de la otredad”. *Ágora. Papeles de Filosofía*, Vol. 38, Núm. 1, 2019, España, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 37-55.
- Darwall, Stephen, Allan Gibbard y Peter Railton. “Toward Fin de siècle Ethics: Some Trends”. *The Philosophical Review*, Vol. 101, Núm. 1, enero 1992, Durham, Duke University Press, pp. 115-189.
- Donnelly, Jack. “The Relative Universality of Human Rights”. *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, Núm. 2, 2007, Maryland, Johns Hopkins University Press, pp. 281-306.
- Forst, Rainer. “The Basic Right to Justification. Toward a Constructivist Conception of Human Rights”. *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, Vol. 6, Núm. 1, 1999, Reino Unido, Blackwell Publishers, pp. 35-60.
- Korsgaard, Christine M. “Realism and Constructivism in Twentieth-Century Moral Philosophy”. *Journal of Philosophy Research*, APA Centennial Supplement, Vol. 28, 2003, Virginia, Philosophy Documentation Center, pp. 99-122.
- Rawls, John. “Kantian Constructivism in Moral Theory”. *Journal of Philosophy*, Vol. 77, Núm. 9, 1980, Nueva York, Universidad de Columbia, pp. 515-572.
- Sen, Amartya. “Human Rights and the Limits of Law”. *Cardozo Law Review*, Vol. 27, Núm. 6, 2006, Nueva York, Benjamin N. Cardozo School of Law, pp. 2913-2927.

Electrónicas

- Alexy, Robert. “¿Derechos humanos sin metafísica?”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 30, 2007, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 237-248. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13133/1/DOXA_30_33.pdf (consultada el 30 de octubre de 2023).
- Bagnoli, Carla. “Constructivism in Metaethics”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Spring 2021 Edition, Stanford, Stanford University. ht-

[tps://plato.stanford.edu/entries/constructivism-metaethics/](https://plato.stanford.edu/entries/constructivism-metaethics/) (consultada el 28 de julio de 2023).

- Bentham, Jeremy. “Anarchical Fallacies”. *The Works of Jeremy Bentham* vol. II. John Bowring (coord.), Edimburgo, William Tait, 1843, pp. 489-535. <https://archive.org/details/BRes092081> (consultada el 31 de julio de 2023).
- Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 34, 2011, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 15-53. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32761/1/Doxa_34_02.pdf (consultada el 30 de octubre de 2023).
- Kennedy, Duncan. “La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 7, Núm. 1, 2006, Buenos Aires, Universidad de Palermo, pp. 47-89. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf (consultada el 2 de agosto de 2023).
- Laporta, Francisco. “Sobre el concepto de derechos humanos”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 4, 1987, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 23-46. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4_01.pdf (consultada el 28 de octubre de 2023).
- Nickel, James. “Human Rights”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), Fall 2021 Edition, Stanford, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/> (consultada el 24 de julio de 2023).