

Maino, Carlos A. G.

Derechos humanos y consenso o el eterno retorno del positivismo jurídico

Prudentia Iuris N° 73, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Maino, C. A. G. (2012). Derechos humanos y consenso o el eterno retorno del positivismo jurídico [en línea], *Prudentia Iuris*, 73. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derechos-humanos-consenso-eterno.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

DERECHOS HUMANOS Y CONSENSO O EL ETERNO RETORNO DEL POSITIVISMO JURÍDICO*

CARLOS A. G. MAINO**

Resumen: El artículo describe las distintas propuestas de fundamentación de los derechos humanos, basadas en el consenso político y en el consenso ético, y el fracaso al que han conducido a los derechos humanos. Este fracaso se muestra en una multiplicación arbitraria de derechos superfluos en algunos casos, y en un desconocimiento de los derechos humanos más elementales en otros, y en la instauración de una *cultura de la muerte*. Estos intentos se caracterizan por un rechazo del conocimiento metafísico, un desconocimiento de los valores como criterio de determinación del contenido de los derechos, y por el total soslayamiento del dato antropológico como fundamento de los mismos. Este fracaso no implica que el diálogo político y el derecho positivo no sean los instrumentos idóneos para la elaboración de una fundamentación de los derechos humanos fundada en la verdad y el bien de la persona humana.

Palabras clave: Derechos Humanos - Consenso político y ético - Inflación legislativa - Cultura de la muerte - Valores jurídicos - Persona humana - Diálogo político - Derecho natural - Positivismo jurídico - Neoconstitucionalismo.

Abstract: The article describes several proposals to give human rights philosophical bases, build on political consensus and ethical consensus, and the failure that these alternatives have led to human rights. This failure is shown in an arbitrary multiplication of superfluous rights in some cases and disregard for basic human rights in others, and the establishment of a *culture of death*. These attempts are characterized by a rejection of metaphysical knowledge, a lack of values as criteria to establish the content of rights, and the disregard of the anthropological data as a

* Ponencia presentada en las *IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural - Ley Natural y Consenso*, Cátedra Internacional de Ley Natural y Persona Humana, Facultad de Derecho – Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 20-22 de octubre de 2010.

** Abogado (UCA), Doctor en Derecho (Universidad de Santiago de Compostela, España). Profesor Adjunto de Introducción al Derecho (UCA) y de Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA). Miembro de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana (UCA).

basis for them. The mentioned failure does not mean that political dialogue and law are not appropriate tools for the development of human rights based on truth and the good of the human person.

Keywords: Human Rights - Political and ethical consensus - Legislative inflation - Culture of death - Legal values - Human person - Political dialogue - Natural law - Positivism - New-constitutionalism.

1. El problema de escepticismo y la solución del consenso político

El problema del consenso, estudiado en el marco de los derechos humanos, e incluso en el contexto jurídico general, es un problema de fundamentación. Fundamentar los derechos humanos implica justificar racionalmente la existencia y la extensión de esos derechos¹, es decir, *ofrecer razones* que importen *una argumentación que resulte convincente y racional para todos*². El consenso es el instrumento propuesto por algunos autores para dilucidar qué son los derechos humanos, determinar su contenido y asegurar su vigencia. Ahora bien, responder qué es el consenso exactamente no es sencillo, pues los autores tienden a entenderlo de manera distinta y a proponer distintos métodos para llegar a él. Aun en esta diversidad, se puede encontrar el afán común de obtener como fundamento la voluntad de los individuos, ayuna de cualquier medida objetiva y externa al sujeto.

En marzo de 1987, es decir hace veinticinco años, el profesor Massini Correas publicó un artículo titulado “Derechos Humanos y Consenso”³. En esa oportunidad Massini intentaba reunir el estado de la cuestión en aquel momento. Allí se recordaba que la idea de los derechos humanos corrió siempre ligada al iusnaturalismo hasta la década de los años sesenta del siglo XX. En efecto, en esos años surgieron autores iusnaturalistas que comenzaron a rechazar la noción de los derechos humanos, como es el caso de Villey. En nuestros días este camino viene a quedar representado —entre otros— por el español Miguel Ayuso Torres⁴, el brasileño Ricardo Dip y el italiano Danilo Castellano⁵.

¹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1994, pág. 104.

² RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 85.

³ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Derechos Humanos y Consenso”, *El Derecho*, n° 6702, Buenos Aires 1987, págs.1-3.

⁴ De este autor pueden consultarse varias obras con contenido disperso respecto de los derechos humanos, en especial AYUSO, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005; *El Ágora y la Pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterio, 2000; y *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Dykinson, 1998.

⁵ Estos autores frecuentemente han trabajado en colaboración. En especial, MIGUEL AYUSO y DANILLO CASTELLANO han trabajado en el Institut International d'Études Européennes “Antonio Rosmini”, de Bolzano, Italia. Cf. CASTELLANO, Danilo y PASSERI PIGNONI, Vera, *L'Institut International d'Études Européennes “A. Rosmini”*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, passim. Los tres autores mencionados forman parte del Instituto de Estudios Hispánicos Felipe II.

Danilo Castellano ha puesto el acento en que los derechos humanos son en realidad el ejercicio de los deberes del hombre, o derechos derivados de los deberes de otros, o aun derivados de la utilización de bienes que son fruto de actividades personales como, por ejemplo, el trabajo o la propiedad⁶. Estos derechos (deberes en realidad) son algo objetivo, indisponible para el hombre⁷. La construcción moderna de los derechos como una creación humana consensuada o reivindicatoria de la espontaneidad individual de los individuos, es la responsable de la inflación actual del concepto de los derechos humanos que termina resolviéndose en reconocer derecho a prácticamente cualquier cosa⁸. Ello –recuerda Castellano– implica también la imposibilidad de desarrollar un diálogo coherente pues se termina negando la universalidad del derecho⁹.

Ricardo Dip acentúa, en cambio, la distinción entre derechos humanos y derecho natural, no por la remisión conceptual que ambos términos realizan al concepto de dignidad humana –en lo que hay identidad–, sino por la divergencia en la concepción de dignidad humana que uno y otro concepto acarrearán. En efecto, el catedrático paulista entiende que el concepto de dignidad al que remiten los derechos humanos es una dignidad en clave kantiana, en la que el hombre es un fin en sí mismo; mientras que la dignidad a la que alude el derecho natural clásico es la dignidad del hombre en tanto imagen de Dios. En esta última perspectiva, el hombre no es un fin en sí mismo, sino que tiene un fin distinto de sí, que es Dios¹⁰. Y señala más adelante Dip: “La interpretación de la dignidad humana sustentada por Kant no puede extraerse del cuadro ético formal en que fue expresada. Ese cuadro es la clave de su lectura, negando toda trascendencia y rechazando todo elemento exterior a la razón humana apto para ordenar la conducta de los hombres. Una libertad humana clausurada en su propio ejercicio: para la ética formal kantiana, en síntesis, no tiene relieve el contenido de las normas, sino que apenas importa el imperativo de la conciencia; se prescinde de un fin exterior para las acciones humanas, porque el sujeto agente es el propio fin de esas acciones”¹¹. Y con cita de Alberto Caturelli sintetiza que el hombre, en este cuadro, es el fin supremo del hombre¹². En esta antropología, la dignidad del hombre descansa en su capacidad de ser legislador universal, al margen de normas externas, aun en la condición de estar al mismo tiempo sometido a esa legislación¹³.

En la óptica de Dip los derechos humanos forman parte del paradigma epistemológico del derecho dominante, tributario de un iusnaturalismo nominalista (Guillermo de Ockham, Marsilio de Padua); racionalista (Hugo Grocio); contractualista (Juan Locke, Tomás Hobbes, Juan Jacobo Rousseau); ilustrado (Voltaire, marqués

⁶ Cf. CASTELLANO, *Racionalismo y Derechos Humanos*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 35.

⁷ Cf. *Ibid.*, pág. 36.

⁸ Cf. *Ibid.*, pág. 39.

⁹ Cf. *Ibid.*, pág. 139.

¹⁰ Cf. DIP, Ricardo, *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre “imago Dei” se tornó “imago hominis”*, Madrid, Marcial Pons, 2009, págs. 16-18.

¹¹ *Ibid.*, pág. 19.

¹² Cf. CATURELLI, Alberto, *La libertad*, Córdoba, Centro de Estudios Filosóficos, 1997, pág. 66.

¹³ DIP, Ricardo, *Los derechos humanos y el derecho natural...*, ob. cit., pág. 21.

de Condorcet), e idealista (Jorge Guillermo Federico Hegel). Este iusnaturalismo es el que engendra las declaraciones de derechos humanos, el positivismo jurídico en general, y se encuentra en la raíz del constitucionalismo actual. A este paradigma dominante se opone otro que es el del iusnaturalismo clásico, que se caracteriza por la distinción analógica del derecho, en una analogía de atribución cuyo *prius* analógico es *la cosa justa*, el reconocimiento de distintos tipos de saberes jurídicos (común, técnico, filosófico, científico, prudencial) y la pluralidad de fuentes de derecho¹⁴. Por obedecer a paradigmas contrapuestos, es que derechos humanos y derecho natural responden a conceptos distintos que no deben confundirse¹⁵.

Por el otro lado, en la senda iniciada por Bobbio en los años sesenta del siglo pasado, varios autores no-iusnaturalistas han hecho suya la noción de derechos humanos y la han llevado al lugar de protagonismo que hoy tiene en nuestro derecho. En el recordado artículo, Massini intentaba reunir las posturas fundamentadoras de los derechos humanos de autores de la talla de Chaim Perelman, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas y Antonio Pérez Luño.

Estos autores, por el momento histórico en que se desarrollan, son los primeros positivistas críticos. Sufrieron en carne propia la Segunda Guerra Mundial y advirtieron cómo grandes desastres podían volverse *legales* en el recipiente vacío en el que el positivismo convertía al derecho. Frente a esta evidencia, en vez de *convertirse* como Radbruch, ensayaron otros modos de fundamentar los derechos humanos¹⁶. Es decir, rechazan tanto el formalismo positivista como el afán iusnaturalista de encontrar un fundamento absoluto para los derechos humanos. Lo primero se desmorona frente al régimen del Tercer Reich, lo segundo resulta imposible por no poder alcanzar verdades científicas definitivas. La solución a esta aparente aporía es la de una fundamentación formal-material.

Indudablemente, el primer consensualista de nuestro tiempo fue Bobbio¹⁷; se trataba de una solución político-pragmática fundada en el más absoluto excep-

¹⁴ *Ibid.*, pág. 39.

¹⁵ Ricardo DIP utiliza en esta obra la categoría de paradigma tomada de Thomas KUHN. Cf. KHUN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1993. Curiosamente, esta misma obra y categoría es utilizada por D'AGOSTINO para explicar cómo la idea de justicia que encierra el concepto de derechos humanos es un paradigma occidental que como tal se extiende al resto del mundo debido a su singularidad, y que puede realizar una deseable paz universal a través del encuentro de las razones de una nueva comunión del género humano, cf. D'AGOSTINO, Francesco, "La Filosofía del Derecho, los derechos humanos y el carácter paradigmático del derecho", en MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *El Iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1996, págs.53-63.

¹⁶ Muchos juristas, entre los que se puede citar a Arthur KAUFMANN, se preguntaban sobre la realidad de la afirmación de que existen dos RADBRUCH, o mejor dicho, un cambio radical en su pensamiento que bascularía en este caso entre el positivismo en el que inicia su pensamiento y el iusnaturalismo o *cierto iusnaturalismo* al que llega. De ser así como parece, la razón fundamental de este cambio se habría producido tras observar las profundas injusticias perpetradas en el Estado nacionalsocialista. Injusticias que llevaron a RADBRUCH a afirmar: "No es posible concebir ninguna justificación para la validez del derecho notoriamente injusto", premisa que emparentada con los postulados básicos de las doctrinas iusnaturalistas, no implicaba en él resignar la seguridad jurídica como una idea esencial y cometido primero del derecho que se plasma mediante la existencia de un ordenamiento jurídico positivo.

¹⁷ La idea ya era compartida por MARITAIN, cf. CASTELLANO, Danilo, *Racionalismo y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 16.

ticismo ético que profesaba. El jurista italiano extendió *la partida de defunción* de la fundamentación de los derechos humanos en el año 1964. En castellano, el fragmento puede encontrarse en *El tiempo de los Derechos*¹⁸, y fue escrito a propósito de la Declaración de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948 y de la divergencia infinita de fundamentaciones que las distintas naciones presentaron a la hora de formular la declaración. Esta obra, como si fuera *el rostro de medusa*, ha dejado paralizados y como muertos a todos los intentos de fundamentación. Sencillamente Bobbio dice: “Si la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que se han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querrían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados”¹⁹. Es decir, ya basta de preocuparse por la fundamentación, “no se dedique Ud. a la Filosofía del Derecho sino al derecho procesal”, aconsejaría Bobbio.

Pero esta solución no puede sostenerse por demasiado tiempo sin observar una realidad palmaria que la echa por tierra: la Declaración de 1948 *no es derecho ejecutable* ni siquiera en la mitad del globo. Sencillamente, es una *declaración* sin virtualidad jurídica en gran parte del planeta. Y ello es así porque los dueños de esa declaración fueron los Estados²⁰ y esto quita a los derechos humanos el carácter debitorio y jurídico que requieren para su efectivo disfrute.

2. El consenso ético: la vuelta a Kant

La manera que han encontrado los filósofos del derecho de conjugar la maldición de Bobbio es echando mano de un antídoto llamado Kant. Es clarificante a este respecto un breve trabajo de Rainer Zaczyk²¹. Zaczyk parte de un párrafo de Kant, quien en su *Metafísica de las Costumbres* escribía: “¿Qué es el derecho? Si no quiere caer en tautología, o bien remitir a lo que proponen las leyes de algún país en algún tiempo, en vez de dar una solución general, este interrogante puede muy bien sumir al jurisconsulto en [...] perplejidad. [...] Lo que sea derecho, esto es, lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado, aun puede muy bien indicarlo; pero si también es justo lo que proponían y el criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto permanecerán ocultos para él si no abandona durante largo tiempo aquellos principios empíricos, y busca las fuentes de aquellos juicios en la mera razón (aun cuando aquellas leyes le puedan servir de hilo conductor) para así erigir los fundamentos de una posible legislación positiva. Una doctrina únicamente empírica es (como la cabeza

¹⁸ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los Derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 129.

²⁰ Piénsese que la Rusia stalinista firmó la declaración sin provocar la vergüenza de nadie. Véase en relación con la declaración CASTELLANO, Danilo, *Racionalismo y Derechos Humanos*, ob. cit., pág. 29 y sigs.

²¹ ZACZYK, Rainer, *Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso”²².

Zaczyk distingue a partir de estas líneas una fundamentación interna y otra externa. La fundamentación interna es la fundamentación en el derecho positivo, y sería la fundamentación *empírica* del texto, que puede ser hermosa pero *sin seso*. La fundamentación externa puede caer en una tautología: *derecho es lo que es el derecho*, cuyo exponente más sobresaliente es Hans Kelsen: el fundamento es que el derecho se ha establecido como derecho²³.

La fundamentación externa puede ser de distinto tipo: Dios, voluntad general, la naturaleza, etc. En el párrafo de Kant citado esta fundamentación es la *mera razón*, la razón *pura*, la *sola razón*²⁴. Ahora ¿por qué fundamentar siendo que el derecho goza de la coacción? La respuesta es que el hombre kantiano es un hombre autónomo, por lo tanto el derecho debe llevar el *deber ser* que contiene a la conciencia del individuo. El hombre emancipado es autodeterminado y esto representa una exigencia para el derecho, su fundamento no puede ser el de Bobbio, interno y *sin seso*.

Pero quitando el fundamento interno, ¿qué es lo que queda de fundamento para el derecho? Decíamos que queda la *mera razón*²⁵. La *mera razón* no es otra que el autoconsciente pensando sobre sí mismo, sobre su propia conciencia. El objeto de las declaraciones del autoconsciente es un *objeto-subjetivo* en el sentido de que radica en su propia conciencia y no fuera de ella. De hecho, para Kant, esta es la razón por la que el hombre puede ser considerado libre²⁶. Desde este punto de vista, los derechos nunca pueden ser conferidos por el Estado sino que son generados por el mismo individuo.

En realidad, estamos en presencia de toda una concepción antropológica rousseauniana-kantiana en la que se concibe la dignidad desvinculada del concepto de naturaleza, pues fue Kant quien se encargó de destruir este concepto²⁷. También es una antropología tributaria del protestantismo²⁸. El interrogante antropológico se ha intentado responder de mil modos. Incluso una respuesta muy importante en su momento fue la freudiana, pero que evidentemente no estaba en condiciones de fundamentar una ética²⁹; también la marxista que pervive hoy en el *polítical correct-*

²² Ibíd., pág. 15. Cf. KANT, Immanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 45.

²³ Ibíd., pág. 17.

²⁴ Ibíd., pág. 19.

²⁵ Ibíd., pág. 24.

²⁶ Ibíd., pág. 25.

²⁷ BLOCH, Ernst, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid, Aguilar, 1980, pág. 73. Recuérdese aquí también a SARTRE: “no hay naturaleza humana” en SARTRE, Jean-Paul, *El Existencialismo es un humanismo*, Buenos Aires, Huascar, 1972, pág. 27; y a FREUD: “La función capital de la cultura es defendernos de la naturaleza”, en FREUD, Sigmund, *El porvenir de una ilusión*, Obras Completas, Madrid, Biblioteca Nueva, 1981, pág. 2967.

²⁸ Cf. WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, traducida por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Península, 1979; y REY MARTÍNEZ, Fernando, *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

²⁹ Cf. CASTELLANI, Leonardo, *Freud*, Buenos Aires, Jauja, 1996, pág. 157.

ness pero en una versión *light*³⁰. Es un problema que ha sumido al hombre en un *vagabundeo intelectual* que lo ha llevado al *irracionalismo*³¹.

Los autores que Massini reseñaba en su ya añejo artículo –Chaïm Perelman, Jürgen Habermas y Antonio Pérez Luño–, todos ofrecían soluciones análogas fundadas en esta perspectiva. Es decir, proponían *métodos* a partir de los cuales llegar a un *acuerdo* respecto de ciertos derechos: la retórica aristotélica aplicada al auditorio universal en el caso de Perelman, la teoría de la acción comunicativa en el caso de Habermas (que busca la prosecución de un consenso universal a través de un discurso racional libre de coacción e igualitario), y la fundamentación intersubjetivista de Antonio Pérez Luño³².

Con posterioridad al artículo de Massini, Habermas publicó una obra en la que elabora un concepto de los derechos humanos otorgándoles un lugar de privilegio en el discurso jurídico y político, en el que el concepto de estos derechos está vinculado a la legitimación del orden jurídico. El autor sostiene que la legitimidad de las normas y su respeto solo pueden sustentarse en la autoría de los destinatarios (nuevamente Kant). A partir de allí teje toda su teoría del derecho³³. Como afirma García Amado en una muy clarificante obra³⁴, se trata de la aplicación al derecho de la *teoría de la acción comunicativa*: la norma es legítima cuando su procedimiento de creación reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa.

En el pensamiento de Habermas la validez del derecho tiene dos componentes: el primero fáctico, la legalidad de la conducta (acatamiento de normas coactivas); y el segundo es la legitimidad de la regla misma (validez = facticidad + legitimidad)³⁵. Hasta aquí la formulación del concepto de validez en el aspecto interno del derecho. En su aspecto externo, Habermas trata el problema del fundamento de validez no del derecho sino de un *sistema jurídico* dado. La tensión entre facticidad y validez en el aspecto externo del derecho trae como consecuencia la exigencia de que el poder político que impone el derecho esté organizado como un poder legítimo, es decir, como un poder que respete y se constituya según el procedimiento comunicativo-argumentativo, que remata en la democracia. Aquí es donde aparecen los derechos humanos, pues dado que el derecho moderno se ha autonomizado de la moral y del respaldo religioso o metafísico de las normas, queda constituido como un ámbito abierto a la argumentación, a la acción comunicativa consensual propia de toda pretensión de validez lingüísticamente formulada³⁶. Ahora bien, para que pueda configurarse esta construcción discursiva y consensual, los sujetos deben presuponerse recíprocamente como autónomos, reconociéndose ciertos derechos. Los

³⁰ Cf. GUISÁN, Esperanza, *La ética mira a la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1992.

³¹ Cf. CARDENAL POUPARD, Paul, *Hacia una cultura de la verdad*, Arequipa, Universidad San Pablo, 2005.

³² MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Derechos Humanos y Consenso*, ob. cit., pág. 2.

³³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

³⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

³⁵ HABERMAS sostiene lo que considero una verdadera fantasía: que en el caso de la imposición de un derecho no legítimo –que no fue creado mediante un procedimiento participativo democrático–, este no sería acatado.

³⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, ob. cit., pág. 25.

derechos humanos aseguran las condiciones en las cuales las formas comunicativas necesarias para una creación del derecho políticamente autónoma pueden, a su vez, ser jurídicamente institucionalizadas³⁷. Se presupone pues la autonomía plena de los sujetos garantizada por los derechos humanos.

Dicho de otro modo, los derechos humanos son el reconocimiento recíproco de la autonomía moral, jurídica y política de los individuos. El fundamento de los mismos es la misma acción comunicativa, el aspecto procedimental –pero no por ello accesorio, sino principal y fundante– que permite la argumentación en un contexto democrático y de autonomía individual. Los derechos humanos hacen posible la construcción discursiva y consensual de las normas jurídicas³⁸.

Los derechos humanos que permiten el discurso democrático, que es la base de la legitimidad (y por lo tanto de la validez) de un sistema jurídico, tienen dos presupuestos. El primer presupuesto es la libertad absoluta en la esfera privada. Nadie debe dar explicaciones en ese ámbito y esta libertad subjetiva debe ser igual para todos. El segundo presupuesto es que aquellos que están sometidos al derecho se consideren autores del mismo, esa es la idea de autolegislación que debe prevalecer en la esfera pública a través de la institucionalización del sistema democrático³⁹.

Obsérvese que esta forma comunicativa que sustenta al derecho no diferiría sustancialmente de aquella que sustenta a la moral, solo que mientras el discurso moral se dirige a un auditorio universal, el principio discursivo jurídico se dirige a un auditorio particular social-estatal. Este discurso jurídico tiene por lo tanto en cuenta no solo razones morales (universalizables) sino también otras de orden pragmático y referidas a los fines particulares de un Estado⁴⁰.

Una novedad respecto de estas posturas fue ofrecida por la filosofía analítica. El profesor Portela reseñó estas ideas en un capítulo que lleva el título de “Los derechos humanos en la escuela analítica”⁴¹. Allí se recogen las ideas respecto a la fundamentación de los derechos humanos de autores como Moore, Ayer, Stevenson, Ross, Hare, y también de la llamada posanalítica, principalmente Rawls, Dworkin y Nozick.

Estos autores también representaron una reacción frente al positivismo y su insatisfactoria fundamentación del derecho y de los derechos humanos en particular, pero mientras los primeros se quedaron en el escepticismo de la irracionalidad (no-cognoscitivismo, emotivismo), los segundos han tratado de establecer también algún *método* que permita llegar a una fundamentación de los derechos humanos.

³⁷ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit., pág. 169.

³⁸ El derecho y la moral son ambos fruto del proceso discursivo en individuos autónomos, pero mientras el contexto del discurso moral es la humanidad entera, el contexto del derecho positivo válido es una determinada comunidad. Cf. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit., pág. 173 y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, ob. cit., pág. 27.

³⁹ Estos derechos son los que requieren la existencia del poder político estatal para su imposición y protección: “[...] no es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino la vinculación al derecho legítimamente estatuido”. Es decir que el sistema político es una implicancia jurídica objetiva de los derechos humanos. Cf. *ibíd.*, pág. 202.

⁴⁰ *Ibíd.*, págs. 174 y sigs. y 219 y sigs.

⁴¹ PORTELA, Jorge Guillermo, “Los derechos humanos en la escuela analítica”, *El Derecho*, año XXVIII, n° 7356, Buenos Aires, 1989, págs. 1 a 7; luego incorporado a PORTELA, Jorge Guillermo, *La obediencia al Derecho y otros ensayos*, segunda edición, Buenos Aires, Educa, 2003, págs. 93-118.

La novedad respecto del positivismo continental de posguerra es que la posanalítica apunta a la obtención de una fundamentación ética de los derechos humanos, mientras que aquel buscaba la obtención de un consenso político. Es decir, que recuperan la idea de que los derechos humanos deben fundamentarse en una ética. El consensualismo de la posanalítica es más bien ético que jurídico-político⁴².

Los autores posanalíticos recurren en general al recurso del *observador ideal* como método de obtención del consenso fundamentador; es decir, se intenta alcanzar un acuerdo racional sobre la base de unos supuestos preestablecidos a la hora de tomar una decisión ética, tales como ser imparcialidad (principio de reversibilidad), tener información, ser estadísticamente *normal* o *sano*. Es Rawls el autor más importante de esta corriente, y por ello ha batido récords de tesis publicadas sobre su pensamiento⁴³. En efecto, John Rawls realiza un esfuerzo constructivista de alcanzar unos principios de justicia como *imparcialidad* y como *equidad* a partir del preferidor racional representado por el *velo de ignorancia* que utiliza para formularlos⁴⁴. Este método tiene por objetivo armonizar los intereses de los hombres para que todos tengan una vida mejor⁴⁵.

El liberalismo de Dworkin y Nozick también se funda en el principio de autonomía kantiana⁴⁶. Debido a ello, se dice que la posanalítica constituye una *vuelta a Kant*. Como vimos, lo mismo podría haberse dicho de Habermas o Perelman. Se acude a la ética kantiana para superar el escepticismo del positivismo o el emotivismo (que son en realidad variantes del empirismo moderno). Pareciera que de Kant, en realidad, no nos hemos ido nunca.

Todos estos intentos constructivistas han sido denominados la *tercera vía*, pues se han intentado mostrar como una superación de la diada iusnaturalismo e iuspositivismo⁴⁷. En realidad, podría considerárselos de ese modo en la medida en que bus-

⁴² *Ibid.*, pág. 97.

⁴³ Cf. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1997; *Justicia como equidad*, Madrid, Tecnos, 1999 y *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.

⁴⁴ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, ob. cit., pág. 29.

⁴⁵ “[...] a pesar del desacuerdo cada uno tiene una concepción de la justicia. Esto es, que entienden la necesidad de disponer de un conjunto característico de principios que asignen derechos y deberes básicos y que determinen lo que consideran ser la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social, y que están dispuestos a afirmar tales principios. Parece entonces natural pensar que el concepto de la justicia es distinto de las diferentes concepciones de la justicia y que está especificado por el papel que tienen en común estos diferentes conjuntos de principios y concepciones. [...] Se requiere entonces un conjunto de principios para escoger entre los diferentes arreglos sociales que determinan esta división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los de la Justicia Social: proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social”. *Ibid.*, pág. 21.

⁴⁶ Aunque estos autores tratan muy de soslayo el tema de la fundamentación de los derechos humanos. Por ejemplo, RODRÍGUEZ TOUBES recuerda que DWORKIN fundamenta los derechos en lo que llama *equal concern and respect*, pero ¿cuál es el fundamento de este derecho a igual consideración y respeto? Pues, que DWORKIN lo intuye como cierto y los demás también. Ello pareciera ser insuficiente. El de NOZICK también constituye un caso singular, pues construye toda su teoría política en defensa del Estado mínimo sobre la base de los derechos individuales, pero reconoce que no ofrece una teoría precisa sobre su fundamento. Cf. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 98.

⁴⁷ HERRERA, Daniel, “¿Es posible una argumentación jurídica más allá del positivismo y del ius-

can un fundamento del derecho que trascienda al derecho positivo y se ubican –especialmente la posanalítica– en el ámbito de la ética, pero que como vimos, tampoco consideran posible una fundamentación metafísica o de antropología realista, esto es, heterónoma, independiente de la voluntad del sujeto. Ello se percibe de manera especial en los derechos humanos, que son en la actualidad los legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, y que se ubican en el vértice formado por la moral y el derecho.

3. El neoconstitucionalismo: la vuelta al voluntarismo

La última ola de esta marea que describo está conformada por el neoconstitucionalismo. Estos autores se han vuelto verdaderos expertos, al reducir toda la Filosofía del Derecho al estudio de los derechos humanos, su contenido, su institucionalización y su implementación. Al igual que en la analítica –que reivindica la ética como fundamento de los derechos humanos–, hay en estos autores una semilla de verdad insoslayable, que consiste en el debido registro que han tomado de la radical transformación que se ha operado en la organización de la comunidad política en Occidente. En efecto, asistimos a un gran cambio epocal, y que en el ámbito de lo jurídico-político se caracteriza por el opacamiento de la soberanía estatal y la llamada *globalización*. Junto a este debilitamiento, se produjo el ensanchamiento de la eficacia de los derechos humanos contenidos en la Constitución; y en ello pareciera formalizarse un retorno al consenso político de Bobbio y al voluntarismo jurídico.

Gustavo Zagrebelsky, en su obra *El derecho dúctil*⁴⁸, describe e identifica claramente el fin de la soberanía como concepto jurídico político extinguido o en vías de extinción. Ha sido corroída la idea del Estado soberano sustentado por los principios de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno y que anulaba a sus antagonistas internos; se protegía tras el principio de no injerencia hacia el exterior –pues no tenía autoridad por encima de él– y era incommensurable frente a todo sujeto interno –súbditos⁴⁹.

El Estado nacional liberal fue llamado también *Estado de Derecho*, término contrapuesto a Estado de fuerza. El éxito de esta expresión se debe a su amplitud, pues sólo indica la vigencia del principio de legalidad. Pero este principio, formulado sencilla y aisladamente, no es más que un recipiente en el que puede colocarse prácticamente cualquier cosa⁵⁰. Pero en el Estado nacional de Derecho decimonónico

naturalismo?”, en “La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación”, edición a cargo de Francisco PUY MUÑOZ y Jorge Guillermo PORTELA, Santiago de Compostela, USC, 2004, pág. 179.

⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit.

⁴⁹ No obstante –a juicio de este autor– lo resultante de este proceso en relación con el *ius publicum* no es su desaparición sino su corrimiento de la posición central. Esta pérdida del predominio dentro del ordenamiento jurídico le habría hecho perder claridad y significado a sus categorías. Cf. *ibíd.*, pág. 12.

⁵⁰ El autor recuerda que en los totalitarismos de entre guerras se aludía a la restauración del Estado de Derecho como Estado que imponía eficazmente el derecho y la ley en sociedades que habían caído en la anarquía tras el fracaso de regímenes liberales, marcando así una continuidad con las premisas del Estado de Derecho decimonónico. Cf. *ibíd.*, pág. 50.

predominaba conceptualmente su carácter *liberal*. Este modelo se caracterizó por la primacía de la ley, es decir, es un Estado legislativo, donde en virtud del principio de legalidad no existe nada por encima de la ley, ni ninguna otra fuente de derecho. Se trataba de una ley general y abstracta⁵¹. Esta abstracción puede ser definida como *generalidad en el tiempo*, que da estabilidad al ordenamiento y la previsibilidad de las reglas de juego⁵². Además, la ley no tenía por encima ninguna regla jurídica que la limitara u ordenara pues ello no era necesario, eran la expresión de una sociedad política monista o *monoclase*, la burguesa. Por lo tanto, no era necesario el *control constitucional* que otorgara coherencia a un sistema que ya lo tenía *per se*⁵³.

Hay que tener en cuenta que cuando hablamos de la ley en este período, hablamos del Código. El derecho del Estado nacional liberal es el Código, y la concepción del derecho de este Estado es el positivismo jurídico. El derecho era algo *pleno*, revestía las características de un *sistema*, del que se desprendieron los métodos de interpretación sistemático y analógico. El derecho es uno: el Código, de una sola fuente: el Poder Legislativo. La Justicia y los derechos se reducen a lo dispuesto por la ley⁵⁴.

Ahora vivimos la instauración de un nuevo Estado –siempre siguiendo a Zagrebelsky– que es el *Estado Constitucional*, en el que la ley ha perdido la supremacía que ostentara otrora, en beneficio de la Constitución. Este Estado ha asumido nuevas funciones que exceden en mucho la de mero garantizador de libertades, como las relacionadas con la gestión directa de grandes intereses públicos a través de grandísimos aparatos organizativos⁵⁵. Las características de la ley en la actualidad ya no son las de generalidad y abstracción. La ley es expresión en nuestra sociedad de la existencia de una gran cantidad de grupos y estratos sociales que participan del *mercado de las leyes*, dando lugar a una gran cantidad de leyes sectoriales⁵⁶. Esta pugna de sectores antagónicos y la recepción por parte del Estado pluralista de todos los grupos sociales que quieran afirmar sus pretensiones en la estructura democrática conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses perseguidos por la ley y a su falta de coherencia intrínseca. La ley es un instrumento de enfrentamiento social. No pone fin a los conflictos sino que es la arena donde se desarrollan. Las leyes pactadas, para poder alcanzar el consenso que necesitan, son contradictorias, caóticas, oscuras y expresan la idea de que todo es negociable⁵⁷.

⁵¹ Aseguraría también la igualdad ante la ley y el principio de separación de poderes. Cf. *ibíd.*, pág. 29.

⁵² Cf. *ibíd.*, pág. 21 y sigs.

⁵³ Cf. *ibíd.*, pág. 31.

⁵⁴ Cf. *ibíd.*, pág. 33.

⁵⁵ En efecto, la Administración ha adquirido una autonomía funcional de límites imprecisos, al punto que llega a ser la propia Administración quien establece la línea de separación entre su autoridad y la libertad de los sujetos. En algunas áreas incluso se invierten los principios negándose el de libertad salvo disposición legislativa en contrario, estableciéndose prohibiciones generales, las que a veces solo pueden removerse tras el pago de una suma de dinero (v. gr., en el ámbito de los recursos naturales). Cf. *ibíd.*, pág. 34 y sigs.

⁵⁶ La creación de la ley a la manera de un contrato en el que participan distintos sectores antagónicos hace que prevalezca la ocasionalidad y el cambio por sobre la generalidad tanto material como temporal. Cf. *ibíd.*, pág. 36.

⁵⁷ Cf. *ibíd.*, pág. 37.

Según Zagrebelsky la manera que tienen los Estados de superar esta situación de caos legislativo actual es a través de la Constitución, que impone un derecho por sobre la ley y por sobre el legislador. Para alcanzar esta superación es necesario alcanzar una noción de derecho más profunda que la del positivismo⁵⁸. Lo que en el siglo XIX se dispuso para la Administración y los jueces, es decir la sujeción a una normativa superior, se aplica ahora al mismo legislador. Se intenta alcanzar la anhelada unidad y coherencia a través de un conjunto de principios y valores con suficiente y amplio *consenso social*. Se intenta entonces asegurar la convivencia política y la supervivencia del Estado remitiendo no a la ley como otrora, (actualmente degradada, pulverizada y caótica), sino a una instancia superior que es la Constitución. Pero esta pretendida unificación del derecho no lo será al modo del derecho decimonónico, reducido a la ley que se suplantaría ahora por la Constitución, sino de una manera genéticamente distinta⁵⁹. En este contexto aparece el concepto de derechos humanos, como unas facultades que se separan de la ley y se colocan por encima de ella.

Usualmente se le atribuye al Estado de Derecho decimonónico –que es el paradigma del Estado nacional moderno– la consagración de los derechos individuales a partir de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. Pero en opinión de Zagrebelsky, esta visión es equivocada, pues con la reducción del derecho a la ley, y siendo el Estado legislativo su dueño y señor, no puede hablarse de derechos individuales frente al Estado⁶⁰. Nadie disfrutaría nunca de ningún derecho subjetivo que no fuera previamente *creado* por el Estado en su faz legisferante. Por lo tanto, la garantía de los derechos terminaba reducida al principio de reserva de ley⁶¹.

En realidad, en relación con los derechos humanos, era lo más lejos que se podía ir sin terminar antes con dos concepciones fuertemente arraigadas y que eran la concepción hobbesiana del Estado y la concepción positivista del derecho. En el Estado constitucional, en cambio, esta distinción tiene plena vigencia. Por un lado se encuentra la ley, como expresión de los programas de los grupos mayoritarios o de los pactos que estos realizan; y por otro lado se encuentran los derechos inviolables establecidos en la Constitución y que son patrimonio jurídico de sus titulares, independientemente de la primera⁶².

La Constitución se muestra así como un pacto, en el que los distintos actores de las sociedades plurales actuales convienen en establecer unas ciertas reglas de

⁵⁸ Cf. *ibíd.*, pág. 39 y sigs.

⁵⁹ De acuerdo a ZAGREBELSKY el positivismo, que es la reducción del derecho a la ley, es un residuo histórico que solo pervive ideológicamente por la inercia de las grandes concepciones jurídicas, pero ha perdido su razón de ser.

⁶⁰ En este sentido ese Estado fue tan heredero de la Revolución como del *Ancien Regime*. ZAGREBELSKY pone mucho énfasis en este último punto.

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 49.

⁶² Esta situación de equilibrio alcanzada tiene una cantidad de consecuencias en el ordenamiento jurídico estudiadas por ZAGREBELSKY pero no son del caso citar aquí en su plenitud. No obstante resulta interesante la manera de ejercerse el control constitucional en las constituciones europeas actuales. Se ha creado un Tribunal exclusivo para el legislador, que es el Tribunal Constitucional. El legislador no será juzgado por los tribunales ordinarios en relación con la constitucionalidad de sus decisiones, sino que tendrá un tribunal especialmente creado a tal efecto y separado de la estructura del Poder Judicial. Cf. *ibíd.*, pág. 58.

juego en el que esta relación derechos humanos-ley sea respetada. Los derechos humanos se muestran entonces como un pacto de convivencia contra-mayoritario y positivizados en la Constitución.

En un sentido análogo ha reflexionado Luigi Ferrajoli, para quien los derechos humanos son los que otorgan validez al nuevo Estado constitucional. La crisis del Estado nacional o Estado de Derecho es recogida por Ferrajoli, quien exhorta a una *nueva Ilustración* que dé un nuevo orden racional al actual y caótico sistema de fuentes⁶³. Compara la presente situación jurídica occidental con la existente antes de la codificación, una “selva de las fuentes, el pluralismo y superposición de ordenamientos”⁶⁴. Llama el autor a una nueva codificación, no por recuperar el instrumento que fue el Código, sino en el sentido de crear, de inventar un nuevo orden. El derecho es algo artificial para Ferrajoli, algo que hay que inventar⁶⁵.

Este invento o artificio construido es el *Estado constitucional*, y consiste en colocar derecho sobre derecho, sujetar el derecho a otro derecho *puesto* por encima de él. Obsérvese cómo el derecho –a través de la Constitución– se fundamenta a sí mismo. Pero este fundamento no es solo formal como en el Estado de Derecho, sino que es también sustancial. El hombre, en su invento, no establece sólo el *deber ser* del derecho, es decir su validez formal, sino también su *ser*, es decir lo que llama Ferrajoli su *validez sustancial*⁶⁶.

En este nuevo Estado constitucional de Derecho, la democracia supone no solo la igualdad sino también la idea de la *indisponibilidad*, que es un límite al legislador que establece *lo no-decidible* y *lo no no-decidible*. Materias establecidas en la Constitución que no son disponibles para el legislador, este no solo está obligado a respetar la igualdad propia del principio de legalidad, habría ahora un principio de legalidad cualificado que establece materias respecto de las que no puede decidir ni puede omitir. *Lo no-decidible* y *lo no no-decidible*, o también *lo indecidible que* y *lo indecidible que no*, no son otra cosa que los derechos fundamentales, que aparecen aquí no como requisito de legitimidad sustancial de la norma, sino como un vínculo impuesto a la democracia política y que ninguna mayoría puede violar⁶⁷.

La legitimidad e independencia judicial ya no se basan en la democracia política sino en la indisponibilidad para los poderes públicos de los derechos fundamen-

⁶³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 15. Ver también FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 18.

⁶⁵ “Yo creo que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no solo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no solo del caos normativo y de la ilegalidad difusa aquí recordados, sino también de la pérdida de confianza en esa artificial *reason* que es la razón jurídica moderna, [...]”, *ibid.*, pág. 18.

⁶⁶ Cf. *ibid.*, pág. 19.

⁶⁷ Cf. *ibid.*, pág. 23. Obsérvese que, desde esta perspectiva, la existencia de los derechos fundamentales rompe con la coherencia y plenitud del Estado de Derecho predecesor. Estos límites son fácilmente violados por el legislador, que decide respecto de materias indisponibles para él, o que no decide respecto de materias a las que está obligado. Estas faltas de coherencia y plenitud reconocidas por FERRAJOLI parecieran ser vicios fisiológicos del Estado constitucional, y para conjugarlos el ordenamiento pone a disposición las garantías. Estas funcionan como técnicas previstas para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad.

tales. Los otros dos poderes son poderes de mayoría, pero el Judicial es el poder del Estado encargado de defender los derechos fundamentales consagrados en la Constitución aun en contra de la mayoría⁶⁸.

Vitale advierte que pareciera que esta *democracia sustancial* fagocitara a la democracia formal y que ya las mayorías no podrían tomar decisiones, sino sólo la Corte Constitucional y los tecnócratas⁶⁹. También Anna Pintore resalta que Ferrajoli sacrifica la democracia por los derechos⁷⁰. Ambos hacen referencia a la ontologización de los derechos fundamentales, que Vitale llama un *iuspositivismo del deber ser*⁷¹.

De manera que en el neoconstitucionalismo los derechos humanos tienen una importancia medular, tanto desde el punto de vista político como jurídico. Son derecho puesto por sobre el derecho a través de la Constitución. Dan validez a todo el sistema en tanto son pactos contramayoritarios que establecen derechos bajo la titularidad de los individuos. De hecho, constituyen un bloque indisponible para las mayorías democráticas y en donde todos los operadores jurídicos –especialmente la judicatura– se vuelven veladores de dicha validez.

Pero hay que observar que estos autores desvinculan absolutamente al concepto de los derechos humanos del concepto de persona humana. De hecho, prácticamente no aluden a esa realidad, ni la mencionan siquiera. Ni siquiera la analítica, como vimos, llega a este punto. En definitiva se trata de un voluntarismo. Intentando superar a Hobbes y al positivismo, rematan en un voluntarismo aun más exacerbado –aunque un tanto más refinado.

Portela ha advertido que ello “tiene importantes consecuencias a la hora de hacer mínimamente aplicativos los postulados de los que nos habla el neoconstitucionalismo, y la influencia que ejerce dicha postura a la hora de conjugar los principios con el vasto desarrollo que la misma ha tenido a la hora de construir la doctrina referida a los derechos humanos. Porque, en efecto, si el fundamento último por el que existe el derecho es la persona humana, resulta sintomático que hoy, casi nadie habla de las personas humanas sino de los derechos humanos. Claro que desde el punto de vista puramente normativista (y el neoconstitucionalismo es en última instancia un normativismo a ultranza), los derechos humanos presentan la ventaja de poder recurrir a ellos sin mencionar al ser humano que subyace y hace posibles esos derechos. Por esa razón, los neoconstitucionalistas son tan afectos a afirmar ‘principios’ tales como que todos tenemos derecho a un trato sin discriminaciones, o a la vida, porque así lo dispone la declaración universal de los derechos del hombre, o determinado texto constitucional, simples leyes o normas positivas”⁷². Con cita de

⁶⁸ Cf. *ibíd.*, pág. 27.

⁶⁹ VITALE, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?”, publicado en *Teoría Política* XIV/2 en 1988 y recopilado en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 71.

⁷⁰ PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, publicado en *Teoría Política* XVI/2 en 2000 y recopilado en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pág. 247.

⁷¹ VITALE, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?”, ob. cit., pág. 70.

⁷² PORTELA, Jorge Guillermo, “Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo”, en *Dikaion* N° 18, Chía (Colombia), Universidad de La Sabana, 2009, pág. 51.

Carpintero el profesor argentino grafica sobre las implicancias de esta postura: “[...] es como declarar que la tierra es redonda porque así lo dispone un atlas geográfico”⁷³.

Considero en definitiva que el neoconstitucionalismo constituye un atraso grande respecto del modo de fundamentar los derechos humanos. Abandona el consenso dialéctico de Perelman, o aquella ontología mínima que pareciera elaborar Habermas en orden a asegurar una ética del discurso. También el constructivismo analítico implicaba una preocupación ética o moral de la que aquí no hay registro. Con el neoconstitucionalismo estamos prontamente en el campo del normativismo basado en un consenso político éticamente neutro, cuyo contenido está determinado por cualquier Constitución. La prueba de ello es que estos postulados pueden aplicarse sin ninguna cortapisa al régimen Nazi o a la República Islámica de Irán, y el esquema funcionaría del mismo modo. Los autores neoconstitucionalistas soslayan que el positivismo no solo era un normativismo en el sentido de reducción del derecho a la ley, sino también un formalismo: en la práctica el neoconstitucionalismo viene a ser una versión reciclada de este modelo.

4. El consensualismo como fracaso de los derechos humanos

Es indudable que en nuestros días, en la posmodernidad iniciada al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y finalizando la primera década del siglo XXI, todos los juristas tienen una gran insatisfacción por las características actuales de lo jurídico. Insatisfacción por las consecuencias que las organizaciones políticas arrojan, y las filosofías que explican esta misma organización jurídico-política.

Esta insatisfacción recurrente le ha hecho acuñar a Heinrich Rommen aquel famoso título *El eterno retorno del derecho natural*⁷⁴. Pero a juzgar por las ideas predominantes desde el fallecimiento de este autor en el año 1967, pareciera más bien que deberíamos hablar del *eterno retorno del positivismo jurídico*, pues todas las soluciones ensayadas para satisfacer esta visceral necesidad en los últimos cuarenta años terminan resolviéndose en la exacerbación del poder del hombre, y de su capacidad para establecer autónomamente reglas morales o jurídicas.

La presentación del consenso, sea político o ético, para dar entidad, contenido y cierta independencia conceptual a los derechos humanos fracasa. Hay una relación entre las soluciones consensualistas y el fracaso de los derechos humanos contemporáneo. Y me manifiesto por el fracaso de los derechos humanos en dos sentidos, por su inflación que los deja en la devaluación social y jurídica en algunos lugares, y por su desconocimiento en otros.

En relación a este fracaso el profesor Puy ha manifestado: “Los ciudadanos tienen deberes para con la sociedad y el gobierno; las declaraciones nacieron para limitar la cantidad y calidad de esos deberes que los gobernantes podían imponer a los ciudadanos, no para impedir que les impusieran ninguno. [...] los derechos [no]

⁷³ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, “Los principios fundamentales y el razonamiento práctico”, en PUY, Francisco y LÓPEZ MORENO, Ángeles, *Manual de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 212.

⁷⁴ ROMMEN, Heinrich, *El eterno retorno del derecho natural*, México, Ius, 1947.

nacieron para igualar a todos los ciudadanos en la irresponsabilidad. Los derechos se aplicaron a la policía para impedir sus abusos, no para ayudar a dejarla inerte delante de los delincuentes. Los derechos se aplicaron a la justicia para ayudarla a cubrir su gran misión de transformar la venganza privada visceral, en venganza pública más humana y desapasionada, no para imposibilitar la venganza pública de los crímenes, [...]”⁷⁵.

También el papa Benedicto XVI ha advertido respecto de este fracaso en el número 43 de la carta encíclica *Caritas in Veritate*: “Hoy se da una profunda contradicción. Mientras, por un lado, se reivindicán presuntos derechos, de carácter arbitrario y superfluo, con la pretensión de que las estructuras públicas los reconozcan y promuevan, por otro, hay derechos elementales y fundamentales que se ignoran y violan en gran parte de la humanidad. Se aprecia con frecuencia una relación entre la reivindicación del derecho a lo superfluo, e incluso a la transgresión y al vicio, en las sociedades opulentas, y la carencia de comida, agua potable, instrucción básica o cuidados sanitarios elementales en ciertas regiones del mundo subdesarrollado y también en la periferia de las grandes ciudades. Dicha relación consiste en que los derechos individuales, desvinculados de un conjunto de deberes que les dé un sentido profundo, se desquician y dan lugar a una espiral de exigencias prácticamente ilimitada y carente de criterios. [...] si los derechos del hombre se fundamentan solo en las deliberaciones de una asamblea de ciudadanos, pueden ser cambiados en cualquier momento y, consiguientemente, se relaja en la conciencia común el deber de respetarlos y tratar de conseguirlos”⁷⁶.

Pero las fundamentaciones que buscan la prosecución de un consenso basado en métodos de tipo kantiano tampoco satisfacen la necesidad de un fundamento sólido y coherente con la realidad de la persona humana. Estas soluciones han sido calificadas por Bidart Campos como inmanentistas: “Todas estas posturas pecan de inmanentismo, entendido este como una afirmación de que no hay más valor que el que se expresa en la cualidad valiosa del objeto, en la vivencia subjetiva de ella, en la fenomenización con que el valor se nos aparece en las cosas, etc. [...] Únicamente puedo valorar y emitir ‘mi’ juicio de valor, [...] el valor ‘en sí’ se me evade. [...] niego lo que no puedo conocer. El valor incognoscible es, de este modo, un valor negado”⁷⁷.

Tocar el problema axiológico en este lugar no es inocente, pues como el mismo autor citado refiere más adelante— el empalme del *valor* con la *persona humana* abre la cuestión de los derechos humanos, pero en sentido distinto del que el constitucionalismo actual le da⁷⁸. Así, por ejemplo, de acuerdo a Peces-Barba, los *derechos fundamentales* son valores, pero lo dice en el sentido de que de esos valores solo puede hablarse con un matiz estrictamente jurídico a partir de su positivización en la Constitución⁷⁹. No es esta la axiología a la que me refiero, Portela sostiene: “[...] se

⁷⁵ PUY, Francisco, “Sobre la antinomia derechos humanos deberes humanos”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, España, 2002, pág. 637.

⁷⁶ BENEDICTO XVI, Carta encíclica *Caritas in Veritate*, número 43.

⁷⁷ BIDART CAMPOS, Germán, *Valor Justicia y Derecho Natural*, Buenos Aires, Ediar, 1983, págs. 163-164.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 182.

⁷⁹ PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Guadiana, Madrid, 1973.

debe plantear una teoría de los valores jurídicos, pues ella viene a completar la idea equivocada del positivismo a ultranza, al concebir al derecho tan solo como norma, y adjudicándole al juicio de valor una total irracionalidad. [...] Es más: los valores alimentan al derecho, lo nutren y por ello posibilitan su existencia”⁸⁰. También Otero Parga comparte esta perspectiva al decir que los valores son, “en definitiva, los cimientos sobre los que la sociedad quiere que se establezcan y acomoden las leyes”⁸¹.

La cuestión axiológica le aporta al problema de la fundamentación la noción de fin, pues existe una llamativa coincidencia “en la consideración de la equivalencia del valor y el fin”⁸². El profesor Puy ha sostenido lo mismo: “El valor jurídico es el bien jurídico comprendido como fin”⁸³. Se tiene aquí un sentido de perfección que es el que en definitiva nos posibilitará *dar razones*. A su vez, estas razones –como dice Carnelutti– “pertenecen a la realidad, [...] solo que pertenecen a la realidad metafísica”⁸⁴.

Esta es la única manera de que la sociedad sepa que debe “cumplir con el derecho no solo porque es un orden coactivo [...] no por temor al castigo, sino porque han sido creadas [las normas] por las personas legalmente elegidas para ello y siguiendo un procedimiento legal establecido. Pero además porque su contenido busca la consecución de la justicia como valor que engloba a los demás [...]”. La diferencia de enfoque es grande ya que proporciona a los individuos las ‘razones’, las ‘buenas razones’ por las cuales deben ajustarse al ordenamiento”⁸⁵.

La concepción kantiana de la fundamentación abandona la perspectiva axiológica objetivista o realista, pero es la última que pervive en este tiempo posmoderno. Desde esta perspectiva, Bobbio tenía razón al decir que no podemos fundamentar los derechos humanos, pues si somos consecuentes con el esquema rousseauiano-kantiano que prevalece en los principales autores actuales, esta empresa es imposible sin ser incoherente. A lo máximo que se puede llegar es algún consenso siguiendo un procedimiento que asegure que los hombres no se estorben entre sí⁸⁶. El problema es que el abandono del realismo ha conducido al derecho a una deshumanización, pues el reconocimiento de la capacidad de aprehender valores-fines y actuar en consecuencia denota lo que nos caracteriza como especie: conocer y amar⁸⁷.

⁸⁰ PORTELA, Jorge Guillermo, “Breve análisis de los valores jurídicos”, *Cultura Jurídica* N° 1, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2006, pág. 131 y sigs.

⁸¹ OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, México, Universidad Autónoma del Estado de México – Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pág. 14.

⁸² PORTELA, Jorge Guillermo, “Breve análisis de los valores jurídicos”, ob. cit., pág. 135.

⁸³ PUY, Francisco, “Meditación sobre el valor del Derecho”, en *Boletín de la Universidad Compostelana* N° 75/76, Santiago de Compostela, 1967, pág. 204.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Rosario, Juris, 2005, pág. 77.

⁸⁵ OTERO PARGA, Milagros, *Valores constitucionales*, ob. cit., pág. 16.

⁸⁶ Cfr. GUIBOURG, Ricardo, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004, pág. 140 y sigs.

⁸⁷ En relación con este aspecto PORTELA ha afirmado: “[...] Lo real es, a un mismo tiempo, el alimento de la inteligencia y el móvil de la voluntad. [...] Esto nos permite dar una respuesta al interrogante inicial referido al ¿Para qué? de los valores, ya que su captación permite, como hemos visto, poner en movimiento lo que hay de más humano en nosotros mismos: el conocimiento y la tendencia”. Y recuerda que el significado del término *ataraxia ética*, “que en Pirrón suponía una consciente suspensión del juicio, expresada a través

Esta deshumanización es lo que Juan Pablo II llamó *cultura de la muerte*; el profesor Puy recuerda que esta situación implica también el desafío de cambiarla por una *cultura de la vida*, capaz de reemplazar las vigentes *estructuras de pecado*. En efecto, señala que “la Jurisprudencia heredada del siglo XX es una de esas ‘estructuras de pecado’, paganizadas, que debe ser reemplazada por otra de gracia. [...] en el campo del derecho [esa estructura] origina una Jurisprudencia que justifica el entuerto, la prevaricación, la infracción, la perfidia [...]”⁸⁸.

5. A modo de conclusión: consenso no, pero diálogo sí

Todas las consideraciones que he intentado reseñar apresuradamente en lo que antecede me llevan a concluir que el consenso, en sus variantes políticas, éticas, constructivistas y procedimentales, no logra proveer a las comunidades políticas contemporáneas de un fundamento válido a partir del cual elaborar una teoría de los derechos humanos y desarrollar su contenido de manera satisfactoria. Las soluciones políticas de corte voluntarista, o aquellas éticas de factura kantiana, arrojan como resultado determinaciones caprichosas de lo que a cada cual corresponde de manera fundamental y básica. No obstante, en los últimos cuarenta años se ha recuperado la importancia de la ética como fundamento de los derechos humanos, y se hace lugar una comprensión de la comunidad política y del derecho plural, y superadora del Estado moderno antecedente.

Esta crisis de fin de época a la que asistimos y la crisis del Estado como organización política arquetípica exigen una propuesta superadora de estos intentos de posguerra, aún inmersos en las categorías de la modernidad. Siendo las nuestras sociedades en conflicto casi permanente, es evidente que el problema de los derechos humanos, su extensión y aplicación, requiere de un fundamento objetivo como punto de partida de la vida común.

Pero estas conclusiones no implican que el elemento voluntario del hombre sea absolutamente ajeno a la resolución de esta necesidad. Indudablemente que el querer del hombre tiene relación con su manera de insertarse en la sociedad en un contexto de libertad. Solo que pareciera que para que esta inserción sea exitosa, es requerida también la inteligencia que permita conocer y respetar al otro, esto es reconocerlo en una actividad dialógica⁸⁹.

En efecto, el diálogo aparece como la clave que nos permite recuperar un fundamento ético objetivo en el contexto actual. El verdadero diálogo se entabla desde

del lenguaje en los términos ‘no más’ o ‘no más bien’. Pero la suspensión del juicio de valor es imposible y comportaría la pretensión pirrónica del despojarse de la humanidad”. PORTELA, Jorge Guillermo, *Una introducción a los valores jurídicos*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pág. 58.

⁸⁸ PUY MUÑOZ, Francisco, *Hacia una jurisprudencia afirmativa*, Discurso del Prof. Dr. Francisco PUY MUÑOZ en la recepción del honor de la Gran Medalla Académica de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, aula magna de la Universidad, 18 de abril de 2006.

⁸⁹ Estos requisitos son lo que Sergio COTTA llamaba “las condiciones naturales del vivir humano”. COTTA, Sergio, *¿Qué es el derecho?*, Madrid, Rialp, 1993, pág. 54.

la aceptación del otro y su respeto. La profesora Hoyos Castañeda recuerda que “en ese respeto radica la clave de la justicia, pero también la clave del amor”. El diálogo presupone un encuentro que invita a comprender al otro, y por tanto, “lleva no a un acto individual sino a un acto personal que no excluye un acto universal, porque aceptar al otro en su realidad de persona es aceptar a otros en su condición de personas. Reconocer a otro es reconocer a otros; es aceptar la alteridad misteriosa que no es un acto opcional sin condición irrenunciable para que exista el yo”⁹⁰. También es importante que el diálogo sea entablado desde la propia identidad personal y social, teniendo conciencia histórica de sí mismo, de su lugar, origen y destino⁹¹. En nuestro Occidente actual esta conciencia se encuentra densamente nublada, por eso es tan difícil el verdadero diálogo en nuestros días.

La persona humana es a la vez distinta y semejante a las demás; sin tener en cuenta ambos aspectos no es posible el diálogo. En efecto, el otro es –a la vez– alguien absolutamente distinto en-tanto-otro, y también es un ‘*alter ego*’. Esta diferencia y semejanza requieren de un pensar analógico que nos permita establecer el contenido, fin y eficacia de los derechos humanos en una comunidad política dada. Porque el reconocimiento del otro, su respeto y comprensión, desde una identidad personal y social, es ante todo un acto de libertad. En ello se diferencia del consenso, que tiende más bien a ser un acto de imposición arbitraria de un pacto político, muchas veces contramayoritario. El consenso se presume de todos y no es de nadie, o es de muy pocos. El diálogo permite el verdadero acuerdo, porque implica el reconocimiento de los derechos humanos de manera objetiva y separada de los proyectos políticos parciales, y se inserta en el ámbito de lo estrictamente jurídico. Esto último es así porque una de las características más propias de lo jurídico, además de la alteridad, es justamente su naturaleza dialógica⁹², que implica la necesidad de fundar las decisiones justas de manera prudencial⁹³. Los mismos derechos humanos así entendidos vienen a resultar realidades analógicas que deben regularse a través del diálogo⁹⁴.

Estas últimas consideraciones me permiten afirmar que debemos abandonar la vuelta sistemática a soluciones modernistas, que endilgan al hombre capacidades regulatorias de la vida que no le son propias, pero lo dejan ayuno de una dignidad y posibilidad de diálogo, acuerdo y comprensión a la que sí está llamado. Frecuen-

⁹⁰ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, *De la dignidad y de los derechos humanos*, Colombia, Temis, 2005, pág. 108.

⁹¹ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam, *De la dignidad y de los derechos humanos*, ob. cit., pág. 111.

⁹² En el mismo sentido VIEHWEG, Theodor, “Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico”, en *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, pág. 118; ALEXEY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, y PUY, Francisco, *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, Paredes, 1984.

⁹³ “[...] en el ámbito jurídico parece posible fundar una solución ajustada a cada situación a través de la tarea cognoscitiva y mediadora de la prudencia en el arduo proceso de desvelamiento del sentido último del problema y en el que desempeñan un papel relevante, además del bagaje normativo, [...] el juego armónico de argumentos y contraargumentos esgrimidos en torno de aquel [...]”. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 38.

⁹⁴ Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y Derecho*, Santa Fe (Arg.), Rubinzal-Culzoni, 2008; *Interculturalidad y Derechos Humanos*, México, UNAM-Siglo XXI, 2005; *Derechos Humanos, Historia y Filosofía*, México, Fontamara, 2004; *Los Derechos Humanos y su fundamentación filosófica*, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

temente, estas propuestas son tributarias de proyectos ideológicos particulares, disfrazados con un ropaje ética y políticamente neutro. En cambio, debemos recuperar esa dignidad y posibilidad de diálogo que tenga como punto de referencia la realidad, su analogicidad, y nuestra capacidad de interpretarla desde nuestra identidad, en orden a lograr un ordenamiento jurídico más justo y respetuoso del hombre y sus derechos inherentes.