

Suárez Rodríguez, José Julián

Sobre el problema del fundamento de los derechos fundamentales: ¿una cuestión moral o jurídica? Una crítica a la teoría de Robert Alexy

XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2016
Facultad de Derecho – UCA

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:

Suárez Rodríguez, J.J. (2016, octubre). Sobre el problema del fundamento de los derechos fundamentales : ¿una cuestión moral o jurídica? : una crítica a la teoría de Robert Alexy [en línea]. *Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana*. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/problema-derechos-fundamentales-suarez.pdf> [Fecha de consulta:]

XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL

Ley Natural y Dignidad Humana

Sobre el problema del fundamento de los derechos fundamentales: ¿una cuestión moral o jurídica? Una crítica a la teoría de Robert Alexy

RESUMEN

En la filosofía del derecho actual se ha extendido la idea según la cual la posibilidad de fundamentar los derechos humanos remite a la posibilidad de fundamentar normas morales. ALEXY, por ejemplo, sostiene que la dimensión filosófica de una teoría de los derechos humanos debe responder a la pregunta acerca de cómo es posible fundamentar reglas morales que conceden esta clase de derechos (tesis del caso especial). Algo semejante sostiene el profesor Carlos NINO. Lo que se propone esta comunicación es mostrar cómo esta vía propuesta no es compatible con una justificación iusnaturalista (clásica) de este tipo de derechos. Se pretende mostrar, en otras palabras, como una verdadera vía de fundamentación de los derechos humanos en clave iusnaturalista recobra la idea de que el fundamento de los derechos humanos, esto es, la dignidad humana, tiene una naturaleza jurídica y no moral.

AUTOR

José Julián Suárez-Rodríguez. Licenciado en Filosofía eclesiástica por la Universidad de Navarra (Pamplona-España), Abogado por la Universidad de La Sabana (Chía-Colombia), Candidato a Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de La Sabana. Profesor de la Universidad de La Sabana y de las Maestrías en Derecho Constitucional y Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de La Sabana.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, Derechos humanos, Iusnaturalismo, Fundamentación de los derechos fundamentales, Teorías procedimentales.

COMISIÓN

Comisión no. 1: Dignidad humana y fundamento de los derechos humanos.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una de las cuestiones más importantes en la filosofía del derecho y en la teoría constitucional contemporánea es la relativa a la teoría de los derechos fundamentales. Entiéndase por tales una serie de derechos (sea cual sea el concepto de derecho que se asuma) reconocidos en la cúspide de la pirámide del sistema normativo y constituyen el fundamento del sistema jurídico-normativo. Robert ALEXY, interpretando la sensibilidad jurídica contemporánea, ha señalado que las disposiciones que consagran derechos fundamentales contienen normas que poseen el rango más alto en el ordenamiento jurídico porque usualmente están contenidas en el texto constitucional (norma jerárquicamente superior), tienen la máxima fuerza jurídica, de tal manera que son verdaderas normas jurídicas justiciables ante los tribunales y no meras aspiraciones políticas, y regulan los objetos de la mayor importancia en una comunidad política, toda vez que se trata de aquellos aspectos que constituyen la estructura básica de la sociedad (ALEXY, 2003, pp. 33-35).

La teoría jurídica contemporánea ha iniciado una tarea de comprensión de la estructura, naturaleza, interpretación y fundamentación de las normas de derecho fundamental. En este orden de ideas ALEXY, uno de los autores más representativos e influyentes en este campo, ha sostenido que una teoría de los derechos fundamentales debe responder a tres cuestiones, que son a su vez, las tres dimensiones de una teoría de los derechos fundamentales: (i) la primera cuestión es la relativa a la institucionalización (positivación) de los derechos fundamentales (dimensión política); (ii) la segunda cuestión, es la relativa al modo como se interpretan a aplican las normas de derecho fundamental (dimensión jurídica); (iii) la tercera cuestión a la que debe responder una teoría sobre los derechos fundamentales es la referida a su fundamentación. El problema del fundamento es el central de la dimensión filosófica de una teoría de los derechos fundamentales (Alexy, 2005, p. 47).

Ahora bien, respecto de esta tercera dimensión de la teoría ALEXY sostiene que el problema de cómo fundamentar los derechos fundamentales es básicamente el problema de cómo fundamentar derechos humanos. Esto es así porque el profesor alemán entiende que los derechos fundamentales no son otra cosa que derechos humanos institucionalizados (positivizados). En este orden de ideas se pregunta: ¿puede hablarse de algo así como el fundamento de los derechos humanos? Si la respuesta es afirmativa ¿cuál es o en donde se puede encontrar algo como el fundamento de los derechos humanos? Según ALEXY, el problema de cómo fundamentar derechos humanos “puede formularse en términos de cómo pueden sustanciarse [fundamentarse] las normas o reglas morales que conceden esos derechos” (ALEXY, 2005, p.53). “El problema de la sustanciación o justificación de los derechos humanos –afirma– no es otra cosa que un caso especial del problema general de la justificación de las normas morales” (ALEXY, 2005, p.53).

Así las cosas, los derechos fundamentales son normas que, como ya sostuvo NINO, no tienen fundamento en una realidad de naturaleza jurídica, sino que remite a exigencias derivadas de un sistema de principios morales que han sido positivizados y, por lo mismo, la naturaleza de esa realidad en la que se encuentra su fundamento más radical es de índole

moral y no propiamente jurídica (NINO, 2007, pp. 11-48). Así las cosas, la dimensión filosófica a la que compete la tarea de abordar la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales tiene por misión la construcción de una teoría acerca de la posibilidad de fundamentar juicios morales acerca de lo que es exigido por las normas de derechos humanos. El fundamento se debe buscar en una teoría moral o, para decirlo con una expresión más precisa, en una teoría de la razón (razonabilidad) práctica.

1. EL MODELO PROCEDIMENTAL DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lo primero que exige una teoría del fundamento de los derechos fundamentales es el abandono del escepticismo y del subjetivismo (que al fin y al cabo conducen a la misma consecuencia), que o bien rechazan la posibilidad de fundamentar juicios de valor acerca de las exigencias consagradas por los derechos humanos (escepticismo), o bien sostiene que tales juicios remiten única y exclusivamente a estados subjetivos (meros caprichos o intereses subjetivos), sin dar cuenta de la realidad a la que pretenden referirse (de su objeto). Ambas posturas conducen a la misma y nefasta consecuencia para una teoría del fundamento de los derechos fundamentales: su imposibilidad teórica.

Abandonada la postura escéptica, autores como ALEXY sostienen que existe la posibilidad de fundar las normas morales que contienen exigencias relativas a los derechos humanos en algún tipo de procedimiento intersubjetivo: la moralidad de las acciones, según esta perspectiva viene dada por la conformidad de un juicio de valor con una serie de exigencias procedimentales objetivas (en la medida que son consideradas inherentes a la misma racionalidad práctica, y no dependiente de la subjetividad de algún legislador histórico o de algún operador judicial). La adecuación de una decisión o juicio de valor con tales exigencias relativas al proceso de discusión racional, que parte de las propias y subjetivas convicciones acerca de lo que debe hacerse u omitirse, establece la racionalidad (práctica) de un juicio práctico, sometiendo los juicios subjetivos a unas condiciones racionales de corrección formal (cfr., ALEXY, 2007).

La subjetividad es superada en este procedimiento de fundamentación porque, si bien las convicciones normativas responden a estados subjetivos del agente moral (esto en virtud del respeto al principio de autonomía), las exigencias de racionalidad de los juicios valorativos son inherentes a la racionalidad práctica y, por lo mismo, independientes del querer del sujeto. Además, este modo de fundamentación de las normas morales es respetuoso de la autonomía de los individuos racionales y capaces de auto determinar su acción de conformidad con sus propias convicciones, es decir, respetuoso del principio moral de la autonomía.

2. IUSNATURALISMO Y MODELO PROCEDIMENTAL DE FUNDAMENTACIÓN

Sin embargo, este modelo de fundamentación asume, como punto de partida, que las normas que de ese modo se fundamentan son de naturaleza moral (son exigencias de la

moralidad) y no jurídicas. Así, los autores que defienden este modelo asumen un concepto no positivista del derecho, en la medida que por medio de este razonamiento se establece una conexión necesaria entre el derecho y la moral. De este modo lo hacen autores como ALEXY y casi todos los que defienden el denominado neoconstitucionalismo. Incluso hay quienes, con base en esto, llegan a sostener que quienes defienden este modelo de fundamentación de las normas iusfundamentales pueden ser considerados iusnaturalistas o, por lo menos, muy cercanos a esta escuela, pues entienden que lo distintivo de una postura iusnaturalista es la afirmación de la existencia de una serie de “principios [morales] que determinan la justicia de las instituciones sociales (...) que son universalmente válidos [y] que un sistema normativo (...) no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos” (NINO, 2007, p. 16).

Ahora bien, ante el panorama que se acaba de bosquejar surgen algunas inquietudes que pueden ser abordadas desde diferentes perspectivas. En primer lugar, resulta problemática la remisión que este modo de fundamentación de las exigencias iusfundamentales hace a los derechos humanos y, especialmente, a las normas morales, y ello es así porque tanto los derechos fundamentales como los derechos humanos quedarían privados de juridicidad intrínseca o *proprio vigore*. En efecto, ello sería tanto como decir que los derechos fundamentales no son verdaderas exigencias jurídicas, sino exigencias derivadas de principios morales que, solo de modo extrínseco y, tal vez, en virtud de su institucionalización, se convierten en exigencias jurídicas. Así, por esta vía, lo que ha sido propio del discurso de los derechos fundamentales de después de la segunda mitad del siglo XX, queda oscurecido por este modelo: el carácter jurídico *proprio vigore* de los derechos fundamentales, independientemente de su positivación o institucionalización a través de un acto institucional de poder o autoridad.

En segundo lugar, la idea de que la teoría del derecho natural asumiría la tesis según la cual las normas de derechos humanos y/o fundamentales coinciden con exigencias morales y, por ello, el modo de fundamentar las primeras coincide con el modo como se fundamentan las segundas (como lo sostiene NINO, por ejemplo), es válida solamente para un tipo de iusnaturalismo, el moderno o racionalista, pero no, en cambio, para el iusnaturalismo clásico (no racionalista, sino realista). De hecho, hay quienes están dispuestos a sostener que la forma de fundamentación propia del iusnaturalismo sería la variante que asume el objetivismo como modo adecuado de fundar las exigencias de derecho fundamental, que coincidirían en su contenido con las exigencias del derecho natural. Sin embargo, y aunque es verdad que el iusnaturalismo realista asume el objetivismo en cuanto modelo de determinación de la corrección de las normas jurídicas y su interpretación (que no es otro modo que la derivación de un precepto singular y concreto de uno general y abstracto), un iusnaturalista clásico jamás aceptaría que los derechos iusfundamentales (los derechos naturales), no tienen auténtica naturaleza jurídica sino moral.

La moral y el derecho, en efecto, son dos perspectivas diferentes de estudio de una misma realidad que, aunque se relacionen, se distinguen claramente, pues lo que interesa al derecho y a la moral del obrar humano son aspectos diferentes o diferenciables: en el primero interesa cómo a través de ese obrar se genera un orden social justo (un orden en el cual cada uno esté en perfecta y pacífica posesión de los suyos), mientras que en el segundo, lo que interesa es cómo a través del obrar libre el ser humano alcanza una cierta plenitud a la cual está llamado por su mismo modo de ser. Así, existe una cierta unidad entre el

derecho natural (categoría a la cual pertenecerían los derechos humanos y los derechos fundamentales) y el derecho positivo: ambos son parte del único y verdadero derecho vigente en una determinada comunidad política, y las fuentes o causas en donde se originan ambas clases o especies de derechos son de naturaleza jurídica. No tienen, por lo tanto, una clase de derechos origen en un acto de autoridad con capacidad jurígena (del legislador, del juez, etc.) y los otros en exigencias morales ajenas o extrínsecas al sistema de derecho, y luego son introducidas en el sistema por un acto de autoridad.

3. CONCLUSIÓN

El reto que surge a partir de estas consideraciones es el ensayo de una fundamentación de las exigencias iusfundamentales que asuma la auténtica juridicidad de estos derechos, que asuma que, en la naturaleza humana y en los bienes que persigue a través de su obrar libre, y en las instituciones sociales a través de las cuales aparece como persona y encuentra su plenitud, tienen una dimensión de juridicidad que le es inherente, y en la que encuentra su razón de ser última los derechos humanos y fundamentales, y el derecho mismo, todas las exigencias jurídicas que pueden ser exigibles incluso a través de la coacción, la cual sin este elemento de juridicidad intrínseca se torna siempre en violencia.

REFERENCIAS

ALEXY, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. CARBONELL (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 33-35). Madrid: Trotta.

ALEXY, R. (2005). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México, D. F: Fontanarama.

ALEXY, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (2ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

NINO, C. S. (2007). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.