

Portela, Jorge G.

La fundamentación adecuada de los derechos humanos y los textos constitucionales
Proper grounding of human rights and the constitutions

Prudentia Iuris N° 77, 2014

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:

Portela, J. G. (2014). La fundamentación adecuada de los derechos humanos y los textos constitucionales [en línea], *Prudentia Iuris*, 77.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/fundamentacion-adeuada-derechos-humanos.pdf>
[Fecha de consulta:.....]

LA FUNDAMENTACIÓN ADECUADA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

Proper grounding of Human Rights and the Constitutions

Jorge G. Portela¹

Resumen: Este trabajo procura clarificar cuál ha de ser la fundamentación adecuada de los derechos humanos. La misma no puede basarse exclusivamente en las normas jurídicas, ni en la voluntad arbitraria del legislador positivo, aunque este vuelque las reglas en el contenido de la Constitución. Los derechos fundamentales poseen una única base confiable, que no puede ser otra que el concepto de naturaleza humana y las características propias de la persona humana. En síntesis: el piso mismo del derecho positivo es el derecho natural.

Palabras claves: Derechos fundamentales - Derechos humanos - Norma jurídica - Texto constitucional - Naturaleza humana - Neoconstitucionalismo - Racionalismo.

Abstract: This paper seeks to clarify what should be the proper foundation of human rights. The same cannot be based solely on the legal rules, or the arbitrary will of the legislator positive, although this tipping rules on the content of the Constitution. Fundamental rights have a single reliable base, which can only be that the concept of human nature and the characteristics of the individual features. In short: the same floor of positive law is the law natural.

Keywords: Fundamental rights - Human rights - Legal rule - Constitution - Human nature - Neoconstitutionalism - Rationalism.

¹ Prof. de la Universidad Autónoma del Caribe.

I. Análisis preliminar

La cuestión referida a los derechos humanos constituye en nuestros días un problema fundamental. Se es políticamente correcto, si nos referimos a ellos y, por supuesto, a la importancia que presentan en el ámbito de la teoría general del derecho. Se habla permanentemente de los derechos humanos, al punto de que, en la actualidad, representan una especie de lugar común. Aluden a ellos periodistas, juristas, psicólogos, políticos aunque nadie se atreva, sin embargo, a clarificar su sentido y a probar la importancia que los mismos tendrían –si los entendemos rectamente– en el desarrollo de las relaciones políticas y ciudadanas.

En efecto, cada vez que se habla de los denominados derechos humanos, parece que late en el fondo una cuestión que tiene que ver con la justicia. Y es que, indudablemente, sociedad y justicia se encuentran causalmente implicadas, de modo tal que así como no puede concebirse una sociedad sin justicia, tampoco puede pensarse en una justicia que se encuentre fuera de las relaciones intersubjetivas: estamos aquí, en consecuencia, frente a un caso patente de involución de causas.

Podríamos precisar, sin embargo, algo que nos parece básico, ya que la misma expresión “derechos humanos” parece ser máximamente tautológica, puesto que todos los derechos son humanos. Por ende, si queremos referirnos a un tipo especial de derechos que por su importancia merece una especial consideración de parte del jurista, si deseamos, en fin, aludir a la categoría máximamente importante de los derechos (algo así como el derecho de los derechos), deberíamos hablar, en lugar de derechos humanos, de derechos fundamentales, ya que esta expresión, pensamos, es la que mejor recoge el interés y la protección que siempre deben suscitar. Eso se pone de relieve si tenemos en cuenta que, incluso, se ha calificado a estos derechos de “contramayoritarios”, para manifestar de ese modo, con esa palabra verdaderamente impresionante, que aquí estamos en presencia de un “núcleo duro” que no puede ser modificado o anulado por mayorías circunstanciales.

Deberíamos, en consecuencia, ponernos de acuerdo respecto de dos extremos a los que hemos hecho referencia más arriba: 1°) los derechos humanos constituyen la máxima categoría de los derechos; 2°) siendo así, lo más apropiado es referirnos a ellos como “derechos fundamentales”, en lugar de la tautológica e impropia expresión, utilizada comúnmente, de “derechos humanos”. Pero este es un tema de alcance universal, que excede largamente cualquier texto constitucional particular. Eso es lo que ocurre, a simple título de ejemplo, con el texto constitucional peruano de 1993.

En efecto, el texto constitucional peruano de 1993, principalmente en sus artículos 1° y 2°, califica a los derechos humanos como “derechos fundamentales”, aclarando expresamente en su artículo 3° que la enumeración efectuada por el legislador no excluye la existencia de otros derechos, incluso aquellos “que se fundan en la dignidad del hombre”.

Consideramos de avanzada esta redacción ya que aquí el constituyente admite su propia y finita limitación. No solo son derechos básicos aquellos que se enumeran normativamente, sino también –lo reiteramos por su importancia– aquellos que se fundan en la dignidad del hombre. La Constitución Argentina, en cambio, enumera lo que designa como “nuevos derechos y garantías” (arts. 36 a 42) pero sin la adjeti-

vacación de “humanos” o “fundamentales”. El constituyente ha preferido, en este caso, la simple alusión a “derechos”.

Pero hay algo más: ¿por qué hay ciertos derechos que se fundan en la dignidad del hombre? Entramos aquí en un terreno común, compartido por especialistas en derecho constitucional y filósofos del derecho.

II. ¿Por qué su importancia?

Ahora bien, ¿cuál es la razón por la que puede afirmarse que hay ciertos derechos que son más importantes que otros? En efecto, recordemos que habíamos llegado a la conclusión de que los denominados derechos humanos son máximamente trascendentes y, por ello, deben ser objeto de una protección especial.

¿Acaso el motivo radicaría en el hecho de que la norma positiva simplemente se limite a describir ese derecho? Nótese que, a propósito, hemos utilizado con mucho cuidado el término “describe” y no el de “reconoce”. En efecto, podría aplicarse aquí el conocido pensamiento de Ortega y Gasset, “toda realidad desconocida prepara su venganza”,² ya que el lenguaje, al ser utilizado correctamente, describe perfectamente el estado de cosas existente. Si yo “reconozco” algo es porque aprecio que hay una realidad anterior al puro hecho normativo que es merecedora –por algún motivo– de su inclusión en el tipo legal. Según nuestro diccionario patrón, por ejemplo, la voz “reconocimiento” significa, en su primera acepción, examinar con cuidado a una persona o *cosa para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias*: en consecuencia, parece que el acto de “reconocer” implica no tanto un simple aprecio, como un verdadero respeto por la realidad, de la cual surge una estima (o un rechazo) al estado de cosas existente.

Sin embargo, esa no es la postura del paleopositivismo, con Kelsen a la cabeza. En este sentido, la posición del jurista vienés es crítica de una concepción según la cual existen principios jurídicos o morales anteriores, que las normas deben recibir. Kelsen dice tajantemente: “Los principios jurídicos nunca pueden ser presupuestos por un orden jurídico; y solo pueden ser creados conforme a este orden. Porque únicamente son ‘jurídicos’ en tanto y en cuanto estén establecidos sobre la base de un orden jurídico positivo. El único principio que podrá y deberá ser presupuesto es el principio fundamental que determine la primera constitución del orden jurídico, entendiendo por ‘constitución’ las normas que determinan los métodos por los cuales ha de ser creado el derecho. Estos métodos son la costumbre, la legislación y los tratados”.³

Por ende, no hay nada por encima de las normas jurídicas: ellas son las que constituyen derechos o confieren obligaciones. Según esta curiosa concepción, por ende, no hay nada que sea “inherente” o “pertenciente” al hombre; todo lo que el hombre es se lo debe a la norma jurídica que lo describe con unas determinadas

² Ortega y Gasset, J. (1966). “La rebelión de las masas. Epílogo para ingleses (en cuanto al pacifismo)”. En *Obras Completas*. Madrid. Revista de Occidente. T. IV, 308.

³ Kelsen, H. (1965). *Principios de derecho internacional público*. Buenos Aires. El Ateneo, 130.

cualidades. Si la norma jurídica admite la igualdad entre las personas, o el derecho a la vida, entonces tendremos esos derechos. De lo contrario, no habrá igualdad ni protección a la vida posible.

Sin embargo, como bien lo ha precisado el jurista colombiano, Andrés Botero Bernal, el derecho no se justifica a sí mismo: el intentar legitimar las normas jurídicas a partir del propio derecho es deshumanizar el sistema. En efecto, una noción de derecho parte de lo histórico, lo social, lo político, lo deontológico, la moral, los valores. Por ende, creer que el derecho se define a sí mismo, sin necesidad de recurrir a otras disciplinas, no solo es pretencioso, es un acto de ingenuidad, termina sosteniendo Botero Bernal.⁴ El derecho, por ende, jamás podrá ser autorreferencial, tal como lo pretende el formalismo positivista.

El punto de vista contrario al de Kelsen ha sido expuesto con mucha envidia por Alfred Verdross, cuando hace referencia a lo que denomina “convicciones jurídicas coincidentes”. En tal sentido, nuestro autor advierte que el denominado derecho internacional público no pudo desarrollarse sino sobre la base de ciertas convicciones jurídicas *coincidentes* de los distintos pueblos. Y continúa: “[...] el hecho de esta coincidencia es señal de que las diferencias psicológicas que separan a los pueblos se dan sobre las base de una naturaleza humana común y general”.⁵ Esta es la base, sin duda, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

Y si bien Verdross concluye que esta raíz normativa, de raíz unitaria, constituye la base cognoscitiva del derecho natural, ya que la positivización del derecho natural son los principios jurídicos coincidentes de los distintos pueblos, hay algo que a su juicio no puede soslayarse: la significación de estos principios generales del derecho para el derecho internacional público se advierte también de manera negativa por la grave conmoción que la comunidad internacional sufre cuando un gran pueblo o un grupo de pueblos intentan desligarse del acervo jurídico común de la humanidad.

En fin, la comunidad internacional es tanto más fuerte cuanto mayor sea el número de valores comunes universalmente reconocidos. Se descompondría, por el contrario, si estos no fuesen ya admitidos. Mas esta hipótesis no pasa de ser un caso-límite teórico, porque a consecuencia de la naturaleza humana común subsistirá siempre un *minimum* de valores comunes.⁶

Entre esos valores, concretados ahora en afirmaciones normativas expresas, cabe hacer referencia al denominado “principio de humanidad”, siendo la primera norma jurídico-internacional de esta clase la prohibición del principio de la trata de esclavos por el Congreso de Viena de 1815, pero que no fue desarrollada hasta después de la Primera Guerra Mundial. Este principio, desde luego, desempeña también un importante papel en la humanización del derecho de la guerra, expresándose especialmente en la protección de los heridos, enfermos, náufragos y prisioneros

⁴ Botero Bernal, A. (2003). *Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia y otros ensayos*. Colombia. Señal, 15.

⁵ Verdross, A. (1973). *Derecho Internacional Público*. Madrid. Aguilar, 14.

⁶ Ídem, 14, *pássim*.

de guerra. De ahí que todas las normas dudosas del derecho de la guerra deban interpretarse en el sentido de este principio, que vendría a ser la base de lo que hoy en día se denomina “derecho internacional humanitario”.

Sin embargo, como lo hace notar con acierto Verdross, este principio vale también para el derecho de la paz, según afirmó el Tribunal Internacional de Justicia en el litigio sobre el paso por el estrecho de Corfú: “[...] ciertos principios generales y bien conocidos, tales como las consideraciones elementales de humanidad, absolutos tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra”.⁷ Nos encontramos, por ende, frente a un verdadero principio prejurídico, en toda su extensión.

Nuevamente se impone la pregunta: ¿de qué otro lugar podemos extraer el principio de humanidad, sino de la noción anterior de naturaleza humana, que es el que le confiere el verdadero sentido en la realidad jurídica? Ciertamente, el principio de humanidad no es un invento arbitrario de la norma: aquí resulta evidente que nos encontramos frente a un caso en el cual ciertas cosas son mandadas porque son justas, y no al revés: lo justo, aquí, no proviene del mandato sino que la norma misma se ha visto obligada a reconocer un estado de cosas objetivamente justo.

III. Positividad y derechos humanos

A esta altura de nuestro análisis, se nos hace evidente que los problemas inherentes a los derechos humanos poseen en la modernidad un fundamento puramente positivo, en la que mucho ha tenido que ver la dinámica propia de los textos constitucionales.

Lo ha visto Bobbio, un autor que se ha caracterizado por la gran franqueza de sus apreciaciones: “El problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de *justificarlos*, cuanto el de *protegerlos*”,⁸ con lo cual coincide, nada más y nada menos que con la apreciación efectuada hace unos trescientos años por el conservador, Edmund Burke, quien frente al entusiasmo mostrado por el joven revolucionario francés, con la creación a ultranza de nuevos derechos humanos, se anima a advertirle que lo importante no es tanto declarar el vago y abstracto derecho a tener medicamentos, sino que en todo caso lo que debemos saber es cómo conseguir esas mismas medicinas, y no tanto contentarnos con la mera declamación de los derechos.

En la actualidad, de los derechos humanos puede decirse lo mismo que del idioma español: es el más hablado, pero el menos leído. Cuantos más derechos humanos tenemos, menos se los respeta y, por supuesto, su cantidad desmesurada contribuye a que ellos posean cada vez menos aprecio: los derechos humanos son hoy en día el paradigma de su misma trivialización, por parte de esa gran máquina de recepción y de declamación de los derechos en que se han transformado los modernos textos constitucionales.

Esta especie de manía recurrente, que consiste en pensar mágicamente que “nombrando” derechos los mismos adquieren automáticamente efectividad, tienen-

⁷ Ídem, 84.

⁸ Citado por D'Agostino, F. (2007). *Filosofía del Derecho*. Colombia. Universidad de La Sabana, 113.

do el poder de modernizar también automáticamente el texto constitucional, es al menos poco científica o propia de juristas ilusos o poco propensos a enfrentar la realidad. En el fondo, esta tendencia esconde una ideología cada vez más en boga y propia del pensamiento secularizador: hoy en día, tal como lo evoca con gran maestría el iusfilósofo español, Francisco Carpintero Benítez, casi nadie habla de las *personas humanas*, sino de los *derechos humanos*. Ciertamente, desde el punto de vista secularizador, los derechos humanos presentan la ventaja de poder recurrir a ellos sin mencionar al ser humano que subyace y hace posible esos derechos. En efecto, referirse directamente a la persona y a su conciencia acarrea necesariamente implicaciones teológicas. Por esa razón, algunos teóricos del derecho afirman 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, una simple ley, una mera norma jurídica, como todos sabemos. Pero eso es declarar que la tierra es redonda porque así lo dispone un atlas geográfico.⁹

¿Se necesita algo más para demostrar la actual inconsistencia de la ideología de los derechos humanos? ¿Es necesaria alguna prueba más para concluir que el positivismo y su hijo más reciente, el neoconstitucionalismo, son claramente inconsistentes al explicar la fundamentación de los derechos humanos?

Quizás sí. Para ello, podemos utilizar un texto clásico, creado por el genio de San Agustín. El hiponense, en *De Doctrina christiana* (III, 7), ha advertido en un párrafo que puede aplicarse claramente a nuestro tópico referido a los derechos humanos una cuestión que tiene que ver con la universalidad y la importancia de los principios: “Los hombres creen que no hay justicia, porque ven que las costumbres varían de gente en gente, mientras la justicia debería ser algo inmutable. Pero ellos no han comprendido que el precepto ‘no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti’ no ha cambiado nunca y permanece constante en el tiempo y en el espacio”.¹⁰

El precepto aludido por San Agustín forma parte de lo que podríamos llamar un “principio común e indemostrable de la razón práctica”. Este tipo de principios –volvemos a citar a Carpintero– se muestran, pero no se demuestran: son inaccesibles desde una argumentación. Por ejemplo, la proposición: “no cortarás el cuello de tu madre para quitarle el dinero”, no puede ser demostrada, es evidente. Lo más que puede decirse es que es así y que sobre ello no hay discusión. En otras palabras: los principios fundamentales de la praxis humana no son argumentables.

Allí radica, a nuestro juicio, el verdadero fundamento de los verdaderos derechos humanos (no aquellos creados en una mera conveniencia ideológica): ellos se

⁹ Carpintero Benítez, F. (2000). “Los principios fundamentales y el razonamiento práctico”. En AA VV: *Manual de Filosofía del Derecho*. Madrid. Colex, 212 (Coordinación de Francisco Puy Muñoz y Ángeles López Moreno).

¹⁰ En realidad, San Agustín no hace más que reproducir la regla de oro ética, ya expresada en Tobías (4, 16): “Guárdate de hacer jamás a otro lo que no quisieras que otro te hiciese a ti” y confirmada en el Nuevo Testamento por Mateo (7, 12): “Así haced vosotros con los demás todo lo que deseáis que hagan ellos con vosotros”. Como se sabe, aunque no menciona expresamente su fuente, sobre estos pasos Kant va a sostener, en la *Metafísica de las costumbres*, el principio de universalidad, una de las formulaciones más conocidas del imperativo categórico.

basan en los principios fundamentales de la razón práctica, de naturaleza claramente indemostrable.

Por ende, es innegable que no podemos negarnos a la consideración de la naturaleza humana a la hora de hablar de los derechos humanos. Más bien creemos que la negación positivista de la naturaleza humana no es más que un caso particular de la negación general de toda naturaleza o esencia.¹¹ En otras palabras: al hablar de derechos humanos, debemos referirnos, necesariamente, a los derechos que se fundan en la misma naturaleza de las personas humanas.

Y esto nos conduce a un problema no menor: el referido a los valores y a su recepción en el texto constitucional.

IV. Los valores y los derechos humanos

En efecto, no pocos creen que el constituyente (o más extensamente, cualquier legislador positivo) puede adoptar cualquier tipo de norma jurídica, y desde el momento en que esto ocurre, ella debe inmediatamente ser acatada por los ciudadanos a los que va dirigida.

Ello implica un error grosero a la hora de reflexionar sobre el contenido que debe tener esencialmente el texto constitucional. Resulta pertinente traer a colación aquí un texto clásico, que debería ser una obra de cabecera para quien quiera preguntarse acerca del sentido último de lo que comúnmente se denomina la “Ley Fundamental”, la “ley de leyes”, términos todos estos que denotan la gravedad e importancia que adquiere una Constitución en la organización de cualquier sistema jurídico-político.

Nos referimos, ciertamente, a la conferencia pronunciada por Ferdinand Lassalle en Berlín, en abril de 1862, con el sugerente título: “¿Qué es una Constitución?”. Para responder a esa pregunta, nuestro autor concluye que hay que tener en cuenta los *factores reales de poder* que rigen en una sociedad determinada. Así, Lassalle explica de manera muy realista que puestos en la hipótesis de imaginarnos un país arrasado, sin ninguna constancia documental de sus leyes anteriores y que no tuviera más remedio que dictar otras nuevas, el legislador no podría crear arbitrariamente, a su antojo, cualquier Constitución sin tener en cuenta –precisamente– aquellos factores de poder, entre los que menciona la monarquía, la aristocracia, la burguesía, la clase obrera y, en lo que a nosotros nos interesa aquí, *la conciencia colectiva y la cultura general*.¹²

El propio Lassalle pone un ejemplo. Supongamos, sostiene, que al gobierno se le ocurriera promulgar una ley penal semejante a las que rigieron en algún tiempo en China, castigando en la persona de los padres los robos cometidos por los hijos. Esta ley no prevalecería, pues contra ella se rebelaría con demasiada fuerza la *cultura colectiva y la conciencia social del país*. Y concluye Lassalle: “Todos los funciona-

¹¹ García López, J. (1977). “Derechos naturales y derechos humanos”. En *Persona y Derecho*. Universidad de Navarra. Vol. IV, 408.

¹² Lassalle, F. (2005). *¿Qué es una Constitución?* Colombia. Temis, 48.

rios, burócratas y consejeros de Estado se llevarían las manos a la cabeza, y hasta los honorables senadores tendrían algo que objetar contra el desatino. Y es que, dentro de ciertos límites, señores, también la conciencia colectiva y la cultura general del país son un fragmento de Constitución”.

Sin duda, Lassalle alude aquí a lo que en el ámbito de la teoría general del derecho se denomina sin dificultades “fuentes materiales” del derecho, dentro de las cuales Alf Ross incluía la tradición de cultura, término en cierto modo análogo al que estamos analizando.¹³

Desde otra perspectiva, el mismo Alexy nos da la razón cuando advierte acerca de la vigencia de las normas iusfundamentales, explicando que esa vigencia significa precisamente que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral, concluyendo que esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de libertad, dignidad e igualdad. Estos son, a su juicio, conceptos básicos de la filosofía práctica. Con ellos han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno.¹⁴ Y aunque este autor piense que los principios pueden concebirse como normas (lo que a nuestro juicio resulta incorrecto, porque los principios *no* son normas), aduce, sin embargo, que la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral.¹⁵

Entonces, hay algo cierto: en el contenido de las normas jurídicas debemos encontrar algo más, un “plus”. No cualquier cosa, sino una cierta pretensión de corrección. Pero hacer referencia a esto implica tener en cuenta cierta objetividad: los valores están llamando a nuestra puerta.

Sin embargo, hacer referencia a la objetividad es hoy en día políticamente incorrecto: en esta modernidad puramente líquida pareciera que no hay ninguna base sobre la que asentarse y, si ello es así, estamos nuevamente a un paso de la arbitrariedad o de la más pura subjetividad. La palabra latina *objectum*, empero, hace referencia a una cosa, algo que está necesariamente fuera de mí, de nosotros. Volvemos a citar aquí a Carpintero: objetivo se emparenta necesariamente con lo real, que viene del latín *res*, que significa “cosa”. Es decir, el uso de estos adjetivos (real, objetivo) y adverbios (realmente, objetivamente) implica continuamente una actitud ontológica. Tenemos que hablar sobre algo existente en el mundo de lo real. Y ello implica constitutivamente una actitud ontológica.

¹³ Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires. Eudeba, 96. Más específicamente, Ross sostiene: “Las normas jurídicas, al igual que toda otra manifestación objetiva de la cultura, no pueden ser entendidas si se las aísla del medio cultural que las ha originado [...] El positivismo, por lo tanto, tiene que ser rechazado, porque le falta comprensión respecto de la influencia de la atmósfera cultural en la aplicación del derecho [...] Una doctrina realista de las fuentes del derecho se apoya en la experiencia, pero reconoce que no todo el derecho es derecho positivo en el sentido de ‘formalmente establecido’”, ob. cit., págs. 97 y 98, pássim.

¹⁴ Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 525.

¹⁵ Alexy, R. (1993). “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En *Derecho y Razón Práctica*. México. Fontamara S.A., 15. Es que los criterios utilizados por Alexy no dejan de ser puramente normativistas: “Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho”, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., 47.

En consecuencia, debemos reconocer la existencia de las cosas, de la realidad exterior al hombre, ya que no es posible llegar a resultados objetivamente vinculantes, que generen un deber real, si prescindimos de la realidad humana extralingüística.¹⁶ Ahora, yo puedo “crear” la realidad artificialmente, como en el caso de Hobbes, y hacer de esta verdad artificial una verdad en sí misma a la cual se debe obediencia absoluta y frente a la que ha de eliminarse todo, aún nuestra propia conciencia. Recordemos que, en palabras realmente impresionantes, Hobbes concluye que ninguna ley puede ser injusta, puesto que ocurre con las leyes de un Estado lo mismo que con las reglas de un juego: lo que los jugadores convienen entre sí no es injusto para ninguno de ellos.¹⁷ Se sientan las bases del derecho moderno: Hobbes preanuncia a Rousseau cuando afirma que las leyes son siempre justas por la sencilla razón de que nadie puede ser injusto consigo mismo.

Por ende, lo justo es lo que dice la norma, y el hombre justo será, sencillamente, el que obedezca sin chistar esa misma norma. ¿No deberíamos, acaso, tener un poco de cuidado en fundar los derechos humanos de esa manera?

Habíamos mencionado que Lassalle habla con absoluta claridad de la conciencia colectiva y de la cultura general de un pueblo como fragmentos vivos de una Constitución. Pero sin duda que ambos se asientan en la noción más general de “valor”.

Estos factores reales de poder, aludidos por Lassalle, no son otra cosa que valores que el texto constitucional debe receptor, para configurar así la base misma de un sistema jurídico que no desprecie la realidad misma. Debemos ser claros respecto de esta situación: ciertos valores jurídicos deben receptorse porque así lo impone la realidad, y no al revés.

La positivización de esos valores, tales como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, implicaría –en condiciones prácticas– un triunfo sobre el iusnaturalismo y una victoria de la razón humana sobre la naturaleza. Para Peces-Barba, por ejemplo, son moralidad crítica que por voluntad del legislador constituyente se convierten en Derecho positivo al incorporarse al texto constitucional. Como el derecho es un sistema de normas, la referencia a esos valores hunde sus raíces en el campo de la moralidad: nos encontramos frente a una especie de moral incorporada a normas, una suerte de “moral interna del derecho”, para utilizar la terminología de Lon Fuller: “[...] son rasgos característicos que se encuentran en un sistema jurídico de una sociedad democrática y que el legislador constituyente ha preferido positivizar para superar la vieja polémica sobre su origen, sobre si son expresión de una operación de deducción del sistema, o si son anteriores al sistema”.¹⁸

¹⁶ Carpintero Benítez, F. (2000). Art. cit., 223. En otro trabajo, este autor advierte, con cita de Pieper, que la realización de la naturaleza humana se lleva a cabo mediante la respuesta, adecuada a cada situación, de acuerdo con una realidad que nosotros no hemos creado. De esta forma, el ser, es decir, la realidad existente, y el “deber ser” o la norma se entrelazan y, en contra de la visión vulgar, no es tanto la norma la que configura a la realidad, como éstas –las situaciones humanas– las que crean las normas. Cf. Carpintero Benítez, F. (1998). *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid. Civitas, 250.

¹⁷ Hobbes, T. (1994). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México. Fondo de Cultura Económica, 285. El párrafo aludido lo encontramos en la Parte II, Cap. 30 de dicha obra.

¹⁸ Peces-Barba, G. (1984). *Los valores superiores*. Madrid. Tecnos, 39.

En fin, esta especie de “moral legalizada” supone una victoria sobre el derecho natural porque es ahora el hombre el que “pone” el valor a través de un acuerdo político, puesto que ahora, a través de su inclusión normativa, ellos se transforman en guía y límite del ordenamiento jurídico.

El planteo que acabamos de referir es bastante confuso, pero en este desorden intelectual incurrir una y otra vez casi todos los autores que adscriben al neoconstitucionalismo. Ello resulta bastante notorio en dos de los representantes que podríamos considerar como icónicos de este movimiento: Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky, respectivamente. Veamos cómo desarrollan sus puntos de vista.

Ferrajoli define los derechos fundamentales tan solo desde el punto de vista estructural o formal. Ellos poseen, pese a todo, un carácter universal e indisponible; son como una especie de núcleo duro que no podría modificarse (lo que los diferencia de los derechos patrimoniales) y que, por ello, se encuentran más allá de las mayorías políticas y el mercado.

Esto constituye lo que denomina la “dimensión sustancial” de los derechos fundamentales.

Sin embargo, ellos deben estar previstos en normas: esa es la condición de su existencia o su vigencia. Una definición formal o estructural, por su parte, prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. Y para completar esta idea, Ferrajoli recurre a un ejemplo impresionante: “[...] si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho de fumar, el mismo sería un derecho fundamental”.¹⁹ Ello así, los derechos fundamentales tienen su título inmediatamente en la ley: son todos *ex lege*, o sea, conferidos todos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional.

Parece pues que, en este esquema, no solo hay un elemento puramente formal (las normas) sino también sustancial. Sin embargo, pronto nos damos cuenta de que esa “sustancialidad” deriva de la ley. El principio de estricta legalidad consiste en el sometimiento de la ley a vínculos no solo formales sino sustanciales: impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en las constituciones. En consecuencia, los derechos fundamentales son normas: una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa.²⁰

Zagrebelsky parte de supuestos parecidos. Para este autor, los principios contenidos en la Constitución representan el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de “positivar” lo que durante siglos había sido considerado prerrogativa del derecho natural, a saber, la determinación de la justicia y de los derechos humanos. En consecuencia, los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política,

¹⁹ Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta, 20-21.

²⁰ Ferrajoli, L. (2009). “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En Carbonell, M. (coord.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid. Trotta, 5.

no el simple reflejo de un orden natural; más aun, la Constitución es la máxima de todas las creaciones políticas.²¹ De algún modo, Zagrebelsky recrea, curiosamente, la postura sofista para la cual, en esa oposición o tensión entre la *physis* y el *nomos*, era preferible este último: al crear la ley y el Estado, el hombre se emancipa de la naturaleza y triunfa sobre el imperio del caos. Con la ley, pues, es el hombre el que se impone a la naturaleza.²²

En el caso de los valores jurídicos, tal como lo explicábamos anteriormente, desde el momento en que los mismos se “ponen” en la norma, también se consigue cierta independencia respecto del iusnaturalismo. Ahora es el hombre el que puede incorporar valores, aunque lo haga con cierta arbitrariedad y olvidando que los mismos están allí frente a nosotros, pertenecen al mundo de lo real y tan solo están aguardando que los descubramos: los valores no se fundamentan en convenciones o reglas de la mayoría... Pero hay más: si el valor dependiera del sentimiento o de la emoción, habría tantos valores como distintas clases de emociones o sentimientos. De tal suerte, para individuos que no estimaran el valor justicia, o el valor paz, estos no serían verdaderos valores, sino impresiones momentáneas, que podrían cambiar con el transcurso del tiempo, con el cambio de las circunstancias.²³

Pero desde luego, nada quiere eso respecto de algo tan importante como un derecho fundamental. Aquí es el mismo nombre (“fundamental”) con que hemos adjetivado un derecho, el que tiene que hacernos cobrar sentido acerca de la importancia del concepto que tenemos entre manos.

Desde otra perspectiva, Pintore ha criticado la definición de los derechos fundamentales como normas. A su juicio, este procedimiento esconde una operación ideológica tan inadvertida como peligrosa. En efecto, para Pintore resulta necesario separar la norma que pone de lo que es puesto. La identificación entre derechos y normas conduce, en realidad, a eludir el problema de la complejidad, indeterminación y equívocidad del contenido de las propias normas que ponen los derechos²⁴. Esta autora denuncia algo obvio: una norma que proclamase un derecho “impalpable”, como el derecho a la felicidad, o al bienestar, o a la dignidad, sería algo más que un *flatus vocis* porque existiría ahora en la norma.

Recordemos que Ferrajoli mismo ponía el ejemplo de esos “derechos impalpables”, como el de ser saludados o el de fumar por la calle, que quedaban automáticamente adscritos a la categoría de fundamentales por su sola inclusión en el texto normativo.

En fin, Pintore apunta con razón que la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli no consigue, en realidad, eludir la tenaza del divisionismo y del iuspo-

²¹ Zagrebelsky, G. (2003). *Derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 114.

²² Jaeger, W. (1982). *Alabanza de la ley*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 44.

²³ Portela, J. G. (2008). *Una introducción a los valores jurídicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 47. Debe reconocerse, empero, que Ferrajoli abandona de a ratos este carácter puramente formal de su planteamiento, cuando afirma concluyentemente que “ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas”. Cf. Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid. Trotta, 27.

²⁴ Pintore, A. (2001). “Derechos insaciables”. En AA VV: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta, 253.

sitivismo. La falta de una fundamentación moral objetiva de los derechos conduce, así, a buscar su fundamento en el hecho mismo de la existencia de constituciones, incluso eternizadas como contratos sociales.²⁵

No queda duda alguna, entonces, acerca de que la fundamentación de los derechos humanos ha de venir dada por el concepto de naturaleza humana, por la noción misma de persona humana.

V. Conclusiones

Nuestro mundo asume hoy más que nunca una situación dramática: nos encontramos ebrios de derechos. Afloran derechos por todas partes, porque se parte del supuesto falso de que los mismos pueden ser creados sin ningún tipo de condicionamiento por la norma de derecho positiva. Lo grave es que ese nacimiento sin control de los derechos asume, hoy en día, el formato de los derechos fundamentales.

Estamos aquí, en consecuencia, frente a un concepto de fuerte contenido simbólico y emotivo, que inmediatamente concita la adhesión del que escucha esa especie de palabra “mágica”: derechos fundamentales. Y por supuesto, esa palabra mágica proviene, como no puede ser de otra manera, de un mago: el legislador positivo. Solo que de la chistera de este mago no salen palomas; salen leyes.

Un balance de los derechos fundamentales, en fin, hace que estos acumulen más datos negativos en su pasivo, que efectos positivos en su activo. Ha sido Michel Villey quien ha incluido precisamente en la columna del “debe” (permítasenos esta terminología estrictamente contable) su carácter de *irreales*, por su impotencia manifiesta (por ej., el derecho al trabajo, constitucionalmente proclamado), cuando existen millones de parados, o del derecho a participar en los negocios públicos visto desde Camboya o el hambriento Sahel. *Prometen demasiado* –como, nada menos, la felicidad, y ¿si la felicidad de M, X, depende de matar a alguien?²⁶

Por otra parte, sus fórmulas son *inciertas, indeterminadas* –por ejemplo, al hablar de libertad, ¿a qué concepto de libertad se refieren?– e *inconsistentes*.²⁷ En fin, no son “derechos” sino más bien un ideal, con muchos modelos propuestos, incluso contradictorios, de inspiración heterogénea –unos “formales” y otros “sustanciales” o “sociales y económicos”. Cada uno de los pretendidos derechos del hombre es la negación de otros derechos del hombre, y, practicado separadamente, puede ser generador de injusticias.²⁸ Esto nos conduce irremediabilmente a una especie de matemáticas, de álgebra de los derechos fundamentales, que nos obliga a comparar todo el tiempo, en situación conflictiva, cuál es el derecho de rango superior.

Y aunque ello haya sido siempre la tarea del jurista, aquí la ponderación es acompañada de la formación. Hoy día, en efecto, los derechos humanos son como una especie de tabla de logaritmos.

²⁵ Ídem, 264.

²⁶ Vallet de Goytisolo, J. B. (1991). *Metodología de las Leyes*. Madrid. Revista de Derecho Privado, 469.

²⁷ Tomamos aquí los conceptos de libertad negativa y libertad positiva, desarrollados por Isaiah Berlin.

²⁸ Vallet de Goytisolo, J. B. (1991), ob. cit., 469, pássim.

Es necesario, en consecuencia, tener presente que si hablamos de derechos fundamentales es porque ellos corresponden al hombre irrevocablemente. Son concreciones de un principio ético natural que, por su sentido de lo justo, los hombres o pueblos, que sienten algo como injusto, reclaman una garantía jurídica contra ello.

Desde luego, ello nos reenvía nuevamente a la conexión que debe existir entre el Derecho y la realidad, y de cómo se hace indispensable –tal como lo preanunciáramos más arriba– que nos refiramos a cosas concretas y no a ideales inventados por el consenso. Hoy más que nunca, en efecto, urge procurar que atendamos a esa unión necesaria que debe existir entre justicia y ser.

Si así lo hiciéramos, veríamos sin dificultad alguna que en el tópico referido a los derechos fundamentales, no podemos actuar sobre la base de un catálogo de derechos eternos, a la manera racionalista, sino que hay un principio general común que se funda en la aptitud crítica de la razón humana para denunciar injusticias en situaciones objetivas y manifiestas, es decir, concreciones de un principio ético natural que, por su sentido de lo justo, los hombres o pueblos, que sienten algo como injusto, reclaman una garantía jurídica contra ello.²⁹

Si nosotros pensáramos que los derechos fundamentales son meras “invenciones” humanas, tan importantes y formidables como los televisores o los lavarropas, tendríamos que tener mucho cuidado. Alguien podría sostener, por ejemplo, que cualquier tipo de comportamiento –incluso el más arbitrario–, siempre que sea previsto en una norma jurídica, puede ser calificado como un derecho fundamental.

Pero eso, como acabamos de ver, no resulta posible ya que el concepto mismo de “derechos fundamentales” necesita para su desarrollo de bases objetivas, que no son otras que las que surgen a partir de la naturaleza humana y el orden de la realidad.³⁰

²⁹ Ídem, 473, con cita de Luis Sánchez Agesta en su trabajo: *La fundamentación de los derechos y la dignidad humana*, conferencia del 29 de enero de 1981, I, en AAMN. del Not., XXIII, pág. 218.

³⁰ Tal como lo expusimos en Portela, J. G. (2003). “Los derechos humanos en la escuela analítica”. En *La obediencia al derecho y otros ensayos*. Buenos Aires. Educa (2ª ed.), 118.