

Doctrina

Los derechos humanos y la actividad jurisdiccional interpretativa



Rodolfo Luis Vigo

Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción y propósito.— II. Advertencia.— III. El impacto de los derechos humanos.— IV. Conclusión.

I. Introducción y propósito (*)

Los derechos humanos se tornan una realidad operativa en el derecho vigente de los Estados que pertenecen a la cultura occidental a partir de la segunda guerra mundial (1). Precisamente en Nuremberg, cuando se condena a funcionarios nazis por haber cumplido la “ley” y violado el “derecho” en razón de que esa ley había incurrido en una “injusticia extrema”, estamos en el inicio de ese proceso de reconocimiento eficaz de que hay un núcleo de juridicidad indisponible y universal, que —por ende— el constituyente, legislador, administrador, juez o la sociedad toda no pueden negarlo, porque si lo hacen no lograrán crear normas jurídicas válidas y pueden ser acusados ante tribunales. Estas normas jurídicas que incurren en “injusticia extrema” (2) —según la fórmula de Radbruch— son proyectos abortados de derecho atento a que su contenido intrínseca y gravemente injusto, inhumano o disvalioso, impide que nazcan como normas válidas jurídicamente. En definitiva, el análisis de validez de las normas jurídicas incluye ese control ético a los fines de comprobar si ellas superan el umbral de injusticia extrema o satisfacen la racionalidad intrínseca capaz de justificarla, con la prevención que si se constata esa infracción extrema, no llegarán a ser derecho no obstante que hayan superado esas normas los otros requisitos de validez sistémica, tales como el órgano, el procedimiento y la no contradicción con la norma superior, y que por ello aparentan ser plenamente jurídicas aunque en concreto no lleguen a hacerlo.

Más allá que habría diversas formas de explicar el contenido de esa “injusticia extrema”, quizás la más fácil sea hoy recurrir a asimilarla con la violación grave y evidente de los derechos humanos fundamentales, de manera que cuando nos enfrentamos con esas faltas de respeto manifiesto, raigal y extendido de los mismos, no podamos racionalmente reconocer en esas realidades algo que pertenezca al derecho válido y que por, ende, esté justificado y racionalmente obligue a los destinatarios (3). Esa asimilación que quedó reconocida como la fórmula de Radbruch, y que también la podemos verla reflejada en la distinción entre “ley y derecho” que introduce por primera vez Europa en la Ley Fundamental de Bonn del 49 (4), supone que podemos encontrar una ley que, sin embargo, no sea derecho en razón —por ejemplo— de violar los derechos humanos de manera inequívoca y profunda (por ejemplo: la ley que

ordena matar a los que pertenecen a una raza inferior por medio de cámaras que solo servían para ese fin).

En ese proceso de reconocimiento operativo sobre todo jurisdiccional de los derechos humanos, debemos consignar tanto como causa y también como efecto, la gran diversidad de Tratados y Pactos internacionales que después de la Segunda Guerra Mundial fueron teniendo como objeto la incorporación al derecho vigente de los mismos y la configuración de instituciones y órganos jurisdiccionales que velarían por su efectivo respeto. Otro factor igualmente muy importante en aquel proceso fue el “descubrimiento” en Europa que la Constitución era una “fuente del derecho”, y que consecuentemente, permitía y exigía que se controlara desde ella a las demás normas jurídicas, incluso aquellas que hacía el legislador. Pues recordemos que Europa recién asume efectiva y definitivamente en la segunda mitad del siglo XX que la Constitución no solo hablaba exclusivamente en términos de derechos y deberes al legislador, sino a todos los órganos del Estado y a la sociedad, y que para asegurar esa prevalencia de la Constitución resultó necesario la creación de Tribunales a los que se le encomendarán dicho control de constitucionalidad. De ese modo Europa termina asumiendo el “judicial review” y la lógica que el juez Marshall había impuesto en “Marbury vs. Madison”, más allá de la experiencia austríaca kelseniana en la década del 20 que reducía la competencia del tribunal constitucional a un control constitucional de aspectos formales o procedimentales, dado la condición de “legislador negativo” que asumía ese tribunal.

Esa incorporación eficaz de los derechos humanos traerá aparejado un impacto tremendo sobre el derecho en general, y en especial, sobre la actividad jurisdiccional aplicativa del derecho. En efecto, ese solo dato resulta absolutamente decisivo como para poner en crisis a la teoría conforme a la cual los jueces realizaban la tarea “interpretativa” desentrañando el sentido que está contenido en la norma jurídica, y lo deben hacer bajo la amenaza de incurrir en el delito de prevaricato por apartarse del sentido de la ley. Nos referimos a aquella teoría que Europa crea e impone monopólicamente a lo largo del siglo XIX y que podemos reconocerla con los nombres de iuspositivismo legalista, exegético, dogmático, o simplemente decimonónico. Recordemos que dicha teoría será configurada por Savigny, la escuela exegética francesa y el primer Ihering, y contará con el respaldo político decisivo de la Revolución francesa y el proceso de codificación encarado

por Napoleón a partir de 1804. Factor decisivo de ese éxito originado en el viejo continente y que luego se expande por el nuestro serán las Facultades de Derecho en donde se forjarán los “nuevos” juristas y se les proveerá el marco teórico y conceptual funcional a dicho modelo. A esa teoría decimonónica interpretativa le resultará muy difícil o imposible comprender acabadamente a los derechos humanos y digerir completamente la operatividad de los mismos, y es precisamente esa dificultad o imposibilidad la que queremos explicar en este trabajo. Avalemos esas conclusiones con expresiones conocidas de notables académicos de la exégesis: Bugnet: “Yo no enseño Derecho Civil, enseño Código de Napoleón”; Laurent: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el derecho; el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos” (5); Aubry: “Los profesores encargados de impartir en nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (6); Demolombe: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer” (7); y Moulon: “Dura lex, sed lex; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay, ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley” (8). Más allá que hoy pueden resultar esas expresiones fuera de nuestro tiempo, lo que hay que destacar que los que las formularon fueron referentes y modelos de doctrinarios y profesores hasta muy avanzado el siglo XX.

En el segundo tercio del XX tenemos la presencia descolante de Kelsen que sigue siendo funcional al Estado de Derecho Legal (EDL) (9), aunque en un marco de un pronunciado escepticismo axiológico y un voluntarismo extremo y extendido. Recordemos que la tesis propuesta en la teoría pura afirma explícitamente que el acto de interpretación jurídica no es un acto de conocimiento sino de voluntad (10), de manera que se asimilaba cualitativamente la tarea judicial creativa respecto a la del legislador, aunque las diferencias se reducían al plano cuantitativo, pues la norma jurídica judicial era individual mientras que la legal era general. Destaquemos que, no obstante la relevancia iusfilosófica genérica que alcanzó Kelsen en el siglo XX, el capítulo de la interpretación

jurídica de dicha teoría pura no llegó a sustituir entre los juristas aquellas enseñanzas consagradas por el iuspositivismo legalista decimonónico, que caracterizaron la matriz interpretativa más difundida en las Facultades del derecho de nuestro continente y que siguieron el modelo exegético francés. En conclusión, ratifiquemos que la formación de los juristas —particularmente al nivel del grado o la licenciatura— en la gran mayoría de las Facultades de derecho sigue estando al servicio de aquel Estado y de aquel derecho impuesto en el XIX, aunque ese paradigma con su particular visión del derecho, del Estado y consiguientemente del perfil de jurista y su consolidado aparato conceptual, ya resulta difícil encontrarlo en la realidad del derecho que se hace visible en el trabajo concreto del profesional del derecho. Vemos con facilidad que en el “derecho vivo” sus rasgos distintivos corresponden al modelo del Estado de Derecho Constitucional (EDC) que Europa forja en la segunda mitad del siglo XX.

Insistamos que el propósito central de este artículo es identificar problemas o exigencias que conlleva la operatividad jurídica de los derechos humanos, especialmente en los ámbitos jurisdiccionales, aunque lo que digamos al respecto vale para los demás espacios de la profesión jurídica y la respectiva cultura académica, cuyo objeto sigue siendo “decir el derecho” al momento de enseñarlo, asesorar, abogar o declararlo autoritativamente, y de ese modo prestar un servicio fundamental a la sociedad despejando las dudas e incertidumbres sobre aquello que le corresponde a cada uno.

II. Advertencia

Este artículo no tiene por objeto específico estudiar los derechos humanos (11), sino identificar el impacto de los mismos en la tarea jurisdiccional y en la cultura jurídica habitualmente promovida académicamente desde nuestras Facultades de Derecho. Partimos de una visión de los mismos que los identifica con una juridicidad necesaria de ser computada por los que hacen derecho positivo, bajo el riesgo de que se aborte su propósito creativo y asuman la amenaza de sufrir algún reproche jurisdiccional. Son sin dudas teorías no positivistas las que defienden aquella juridicidad indisponible por la autoridad, y así suscriben la tesis de una conexión esencial o constitutiva entre derecho y moral; de ese modo quedan descartados no solo los que adhieren a un “iuspositivismo excluyente” sintetizado en la fórmula de

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 13/05/2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Cfr. TAYLOR, Ch., “Los fundamentos filosóficos de los derechos” en “Los fundamentos de los derechos humanos”, Serbal-Unesco, Barcelona, 1985

(2) Cfr. el libro que coordiné “La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)”, La Ley-Facultad de Derecho, UBA,

Buenos Aires, 2004.

(3) Acerca de la validez como justificación racional remito a mi artículo “Una teoría de la validez jurídica”, Doxa, Alicante, t. 39.

(4) Art. 1: “La dignidad de la persona es sagrada y constituye un deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección; Art. 3: “Los derechos fundamentales vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable”; Art. 25: “Las normas generales

del derecho de gentes (Völkerrecht) constituye parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato”.

(5) BONNECASE, J., “La escuela de la exégesis en Derecho Civil”, Cajica, México, 1944, p. 141.

(6) *Ibidem*, p. 146.

(7) *Ibidem*, p. 150.

(8) *Ibidem*, p. 160.

(9) Respecto al contraste entre el Estado de Derecho Legal

(EDL) y el Estado de Derecho Constitucional (EDC) remito a mi libro “El Estado de Derecho Constitucional y Democrático”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016.

(10) KELSEN H., “La teoría pura del derecho”, Porrúa, México, 2000, p. 353.

(11) Para un panorama iusfilosófico amplio y actual sobre los derechos humanos remitimos al tomo I de MASSINI CORREAS, Carlos I., “Filosofía del Derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

Hobbes: “Auctoritas, non veritas, facit legem”; sino que también aquellos autores que admiten meras conexiones contingentes entre la moral (la razón o la justicia) y el derecho, pues estos “iuspositivistas incluyentes” no pueden en coherencia negar —por ejemplo— la juridicidad del derecho nazi. Es obvia la debilidad que suponen los derechos humanos cuando solo se reconoce su vigencia y eficacia en la medida que aparezcan consagrados en alguna norma jurídica positiva, dado que bastará cambiar la misma para que desaparezcan aquellos.

Sin perjuicio de insistir de que este trabajo presupone el rechazo de la tesis que cualquier contenido puede ser derecho, nos gustaría consignar sintéticamente en su respaldo al menos dos referencias doctrinarias que coinciden en denunciar y cuestionar la juridicidad de las normas que pulverizan de manera grave y evidente de los derechos humanos. Nos referimos puntualmente a John Finnis y a Robert Alexy, y si bien se verifican diferencias importantes entre ellos que se explican por inspirarse, respectivamente, uno en el realismo aristotélico-tomista y otro en el constructivismo kantiano-habermasiano, sin embargo, ambos exponen una defensa categórica de los derechos humanos de modo que la juridicidad desaparece o se devalúa significativamente cuando se arremete fuertemente contra los mismos. Esa coincidencia no oculta las diferencias especialmente relevantes en el campo estrictamente de la filosofía moral y la antropología, que llevan por ejemplo al profesor onxiense a defender “absolutos morales” y a negar categóricamente la legitimidad moral del aborto fundándose en un personalismo ontológico que coincide con un personalismo biológico; mientras que el profesor alemán desde una noción de persona asimilada a su competencia comunicativa o dialógica, admite el aborto para ciertos supuestos y luego de una ponderación de los derechos en conflicto. De todas maneras y a tenor del propósito explicitado, nos parece que ambas teorías pueden avalar las proyecciones analizadas a continuación y que conllevan los derechos humanos en la teoría que explica y regula su operatividad jurisdiccional.

Sin vulnerar esta advertencia que no trataremos las relevantes y decisivas cuestiones implicadas en los derechos humanos, pensamos que puede resultar de interés algún mínimo señalamiento de tesis finnisianas y alexyanas como para brindar cierto marco conceptual que contribuya a la comprensión de este artículo, especialmente para aquellos que carecen de toda versación iusfilosófica.

Comencemos recordando desde el iusnaturalismo de raigambre aristotélico-tomista dos textos claves del Aquinate: la ley como ordenación, regla o medida de la razón (12) y que la ley injusta es “corruptio legis” (13). Ya en la filosofía jurídica actual inspirada en aquella fuentes clásicas, apelemos al representante más difundido de la “nueva escuela anglosajona de derecho natural”, nos referimos a John Finnis quien ha insistido con un aparato conceptual cercano a la filosofía analítica, las viejas enseñanzas del pensamiento tomista y la tradición central de occidente. Glosando las enseñanzas del profesor de Oxford afirmemos que el hombre al reflexionar sobre qué hacer, recurre —al margen del acierto o error en sus conclusiones— a “una serie de principios prácticos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar”. Según Finnis, esos principios, son los también llamados principios más generales (*communissima*) de la ley natural, al expresar “las formas básicas del bien humano” (14), y

ellos constituyen “el sustrato valorativo de todos los juicios morales” (15). Todo hombre con uso de razón y experiencia suficiente, conoce por evidencia esos bienes básicos comprendiéndolos “como oportunidades o fines deseables y potencialmente realizables y por ende como que-han-de-ser-buscados y realizados en la propia acción, acción a la cual uno ya está comenzando a dirigirse por este mismo acto de comprensión práctica” (16). El derecho, si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno, debe promover o no perjudicar esos bienes básicos (la noción en su libro “Ley natural y derechos naturales” es: vida, amistad, juego, conocimiento, saber práctico, experiencia estética y religiosidad), pues en ellos está comprometido el “human flourishing”. Siendo los “basic values” (17) los fines básicos de la existencia humana, ellos operan como principios de cualquier esfuerzo moral, político o jurídico en orden a establecer reglas, instituciones, decisiones o acciones. Pero ellos —insiste Finnis— son pre-morales y entonces la moral (específicamente también el derecho) aparecerá cuando el hombre con su razón y libertad los vaya encarnando en sus concretas decisiones y acciones; por eso, la mera comprensión de esos bienes no garantiza que sean buscados correcta, adecuada o razonablemente. Para Finnis, hablar de los derechos es un modo moderno o actual de hablar de la justicia, de las exigencias de la razonabilidad práctica y, por ende, del bien común. En efecto, los derechos humanos protegen y promueven bienes básicos que “son bienes para cualquier ser humano” (18) y constituyen “una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica” (19); ellos “clasifican y expresan las exigencias de la justicia” (20), por eso representan “una forma de esbozar los contornos del bien común...una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común” (21). La contundente y fundada conclusión de Finnis es que “todo miembro de nuestra especie” es titular de los derechos humanos y dicha tesis se funda en “la dignidad de ser una persona” (22).

Avalemos ahora lo adelantado en relación con la teoría no positivista discursivo-dialógica racional de Robert Alexy, quien no ha dudado en subrayar que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre derecho y moral”, y no obstante que esa discusión lleva “más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista”. Alexy ha defendido los derechos humanos exigiendo una “metafísica constructiva, racional y universal” que los justifique, y así ellos se definen por cinco notas: i) universales, ii) fundamentales, iii) abstractos, iv) morales, y v) prioritarios. Destaca el profesor de Kiel su relevancia jurídica: “Una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”, concluyendo que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado” (23). Una Constitución incorpora —amplía el profesor alemán— el “derecho racional de la modernidad” o “los principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado” cuando consagra: la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado Social”. Alexy menciona una lista de esos derechos humanos que resultan “discursivamente necesarios” supuesto el interés en la corrección y la teoría discursiva, aunque aclara que “el núcleo de los derechos fundamentales se fundamenta con el derecho de libertad y el de igualdad” (24). Sin perjuicio que Alexy excluye del ámbito regulativo del legislador a la “moral personal”, se atreve

a indicar a la moral pública como un límite a la misma, caracterizándola como “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas, consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello” (25). Subrayemos el carácter constructivo de la mirada alexyana en tanto se confía en el diálogo racional como matriz de la corrección del derecho, pero quien asume esa pretensión defiende a los derechos humanos como presupuestos éticos y contrafácticos de aquel diálogo.

Destaquemos esa clara coincidencia entre Finnis y Alexy en reclamar el encuentro del derecho con la moral y la razón, rechazando enfáticamente miradas relativistas o irracionales en ese terreno que habilitan a reconocer como derecho cualquiera sea su contenido. Si bien esta conclusión apoya nuestro propósito que justifica este artículo, insistiríamos en que no querríamos que se asimilen posturas que mantienen distancias especialmente relevantes en el orden de los fundamentos y claves cognoscitivas en función de las filosofías diferentes que las nutre (26). El camino del realismo aristotélico confía en conocer las cosas, incluidas las humanas, y en ese develamiento racional se alcanzarán a descubrir estructuras intrínsecas a lo humano, que orientarán y regularán las conductas en aras del bien personal y comunitario. El camino kantiano parte de la imposibilidad de conocer las cosas como ellas son, y el sucedáneo de esa inaccesibilidad serán construcciones posibilitadas por material sensible caótico y formas *a priori* e imperativos categóricos con los que cuenta el sujeto.

En relación con el aludido cognitivismo y objetivismo en el terreno moral que tiene directa incidencia respecto a los derechos humanos en tanto su contenido es moral, corresponde remitirnos a la discusión sobre la razón práctica, y aquí acertadamente Alexy (27) identifica en la discusión actual a cuatro posiciones centrales: aristotélica, kantiana, hobbesiana y nietzscheana. Por nuestra parte hemos reconocido la proyección jurídica de esas visiones (28), precisamente Finnis y Alexy representan respectivamente a las dos primeras, mientras que Luigi Ferrajoli se apoya en el autor del “Leviatán”, mientras que las teorías críticas remiten a Nietzsche. El profesor italiano (29) no duda en remitir frecuente y explícitamente a la palabra de Hobbes, pues en buena medida coincide en ese pesimismo y voluntarismo antropológico del filósofo inglés que lo identifica al hombre como “lobo para el hombre”, aunque será el derecho y la autoridad los únicos medios en lo que cabe confiar para que se logre la paz y la vida social. En cuando al tema en cuestión, Ferrajoli asumiendo su iuspositivismo “reforzado”, prefiere decididamente hablar no de derechos humanos sino de derechos fundamentales o positivizados en la Constitución. Más precisamente, el autor italiano nos propone una definición de esos derechos “puramente formal o estructural”, asimilándolos con “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica” (30). Al margen de las resonancias universales de la definición, lo que resulta decisivo es el enclave iuspositivista final, pues en definitiva esa universalidad la establece la norma positiva que la voluntad de la autoridad establece, e incluso el poder constituyente es formal en tanto carece de limitaciones sustanciales, por ende, vale como derecho cualquiera sea su contenido. Desde

esa matriz, Ferrajoli no duda en rechazar la tesis que no es derecho el extremadamente injusto, y ello en razón que los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente, de manera que la razón no puede pronunciarse sobre la axiología última que sustenta al nazismo, e incluso el profesor italiano refuerza su escepticismo ético con esta prevención: “El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral” (31).

Hablemos ahora de los críticos, populistas o posmodernos que apelan filosóficamente a Nietzsche, pero también a Marx y a Freud, y a sus seguidores contemporáneos entre los que destacamos a Foucault, Gramsci y Derrida entre otros. Sin perjuicio de consignar aquel escepticismo gnoseológico que denuncia Nietzsche como una pretensión “mentirosa y arrogante” (32), los críticos no dejan de acudir insistentemente a los derechos humanos en tanto su uso ideológico los convierte en un instrumento de lucha política y jurídica muy eficaz en tanto canal flexible de reivindicaciones y demandas sociales. Más allá de la conocida crítica del propio Marx en “La cuestión jurídica” a los derechos humanos en clave burguesa, hoy hay conciencia en los autores críticos que ese tema puede aportar a la pelea contra los dominadores y explotadores, y se promueve un interés por el derecho como un ámbito en el que se da la lucha de clases. Boaventura de Sousa Santos ha diferenciado en el ámbito de los derechos humanos la alternativa de una “globalización desde arriba” o “desde abajo”, y esta última puede aportar a los procesos emancipadores. Fácil es comprobar el entusiasmo instrumental y retórico de los críticos por la bandera de los derechos humanos, aunque se deje de lado discusiones orientadas a precisar su objeto, su fundamento y la titularidad de los mismos. En este punto cabe la recomendación de D. Kennedy de no incurrir en conceptualizaciones fosilizantes, y su irónica confesión que prefiere “correrse a un costado y recurrir al humor cuando se trata de formular una teoría de la naturaleza humana que se suponga pueda orientar la conducta de los hombres” (33). En el ataque al proyecto de la modernidad se destaca la noción de sujeto que al decir de Foucault es un “invento del siglo XVIII” funcional a una razón totalizadora, constructiva, sistemática y universalista, y el derecho se reduce a “grafismos inventados por Occidente para sus producciones de regimentación social” (34) que solo “puede sostenerse hoy en día en su propia positividad” (35). El rótulo de “críticos” se justifica en función de su perspectiva preponderantemente superadora del proyecto de la modernidad, de modo estar abierto a definiciones posteriores diseñadas con pretensiones rupturistas y liberadoras.

III. El impacto de los derechos humanos

Sin duda que los derechos humanos reconocidos (no creados), universalmente y declarados como inalienables constituye una tesis de enorme trascendencia para el derecho y los profesionales respectivos, además de forzar a las teorías jurídicas a generar un aparato conceptual y explicaciones coherentes. Repasemos a continuación algunas de esas proyecciones que terminan alterando significativamente el derecho y la teoría que nos posibilita su mejor comprensión y operatividad.

III.1. Los derechos humanos no son normas jurídicas

El modelo decimonónico afirmará que el derecho es un sistema de normas positivas, y la teoría

(12) TOMÁS de AQUINO, “Suma Teológica”, I-II, c. 90, a. 1.

(13) *Ibidem* c. 95, a. 2.

(14) FINNIS, J., “Ley natural y derechos naturales”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 63. A los fines de un panorama de la teoría jurídica finnisiana remito a mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 361-402.

(15) *Ibidem*, p. 91.

(16) *Ibidem*, p. 78.

(17) FINNIS, J., “Natural Law and Natural Rights”, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 59.

(18) FINNIS, J., “Tomás de Aquino-teoría moral, política y jurí-

dica”, Instituto de estudios de la ciudad, Santiago de Chile, 2019, p. 179.

(19) FINNIS, J., *ob. cit.*, p. 227.

(20) *Ibidem*, p. 239.

(21) *Ibidem*, p. 243.

(22) FINNIS, J., “Aquino”, *ob. cit.*, p. 225.

(23) ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?” en *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, 2008, p. 20.

(24) ALEXY, R., “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, vol. 43, 2000, p. 217.

(25) ALEXY, R., “Derechos fundamentales y estado constitu-

cional democrático” en CARBONELL M. (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 40.

(26) Cfr. mi libro “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, EDUCA, Buenos Aires, 2015.

(27) Cfr. ALEXY, R., “El concepto y validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 133.

(28) Cfr. mi artículo “Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2018.

(29) Cfr. mi libro “El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019.

(30) FERRAJOLI, L., “Derechos y garantías”, Trotta, Madrid,

2002, p. 37.

(31) FERRAJOLI, L. - RUIZ MANERO, J., “Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación”, Trotta, Madrid, 2012, p. 66.

(32) Cfr. FOUCAULT, M., “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa, Barcelona, 1991, p. 19.

(33) KENNEDY, D. - GABEL, P., “Roll over Beethoven”, *Stanford Law Review*, vol. 36:1, 1984, p. 3.

(34) KOZIEKI, E., “Discurso jurídico y discurso psicoanalítico” en *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982, p. 30.

(35) EWALD, F., “L’état providence”, Grasset, Paris, 1986, p. 41.

pura ratificará esa definición desechando de la “pirámide” kelseniana a los perturbadores derechos humanos. Era la estructura lógica de un juicio la típica de las normas, ella era la vía escogida por el derecho para formularse autoritativamente, y, en consecuencia, la norma definía genéricamente un supuesto fáctico al que se le atribuían o imputaban ciertas consecuencias jurídicas. De ese modo el derecho vigente estaba compuesto por una serie de hipótesis fácticas que para el caso que ellas efectivamente se dieran, correspondía que se aplicasen las respectivas consecuencias jurídicas a esos casos individuales. Como recordamos, desde un punto de vista lógico la estructura normativa constituía un juicio, más allá de las discusiones sobre el tipo de juicio que era: si hipotético (Kelsen), categórico (Austin) o disyuntivo (Cossio). Las normas son respuestas jurídicas explícitas que pretenden un esfuerzo aplicativo mínimo por parte del que las operará, de ahí la procedencia de recurrir a la figura montesquieuana del juez como “bouche de la loi”.

Los derechos humanos en su formulación esencial no responden a aquella estructura lógica, dado que no definen ni supuestos fácticos ni consecuencias, y así pueden ser reconocidos como principios (36). El derecho a la libertad, la igualdad, a la dignidad, etc., dejan indeterminados los supuestos fácticos en donde ellos rigen o se violan, y también dejan sin definición las consecuencias que acarrearán su infracción o falta de respeto. Conocidas son las polémicas que en las últimas décadas se han generado en torno a las visiones normativistas frente a las visiones principialistas del derecho, pues en el mundo anglosajón esa polémica remite a Hart versus Dworkin y en el derecho continental a la confrontación entre Kelsen y Esser. Recordemos que el fundador de la teoría pura del derecho cuando falleció en 1973 estaba escribiendo un libro que en su capítulo 28 rechazaba la posibilidad de los “principios” en el derecho, dado que con ellos se introduciría la moral o los valores en el derecho y se frustraría su propósito de una verdadera ciencia jurídica movilizada por la exactitud y la objetividad en el conocimiento, como consigna pretenciosamente en el Prólogo de “La teoría pura del derecho”. Precisamente esa polémica tiene que ver con los derechos humanos atento a que un contenido claro de los principios serán los derechos humanos, pues ellos son el origen y el sentido mismo del derecho.

Los grandes teóricos del principialismo jurídico de las últimas décadas, como Dworkin o Alexy, no dudan en reconocer en esos principios a los mismos derechos humanos fundamentales. También recordemos que para muchos autores iusnaturalistas los derechos humanos son la manera actual de hablar del clásico derecho natural (37), y Finnis explícitamente afirma que, si bien Aquino no utiliza la expresión “derechos humanos”, tenía claro el concepto correspondiente (38). Más aún, las teorías iusnaturalistas clásicas nunca adhirieron a una visión normativista del derecho, sin embargo, sus reclamos fueron escasamente escuchados en aquellos tiempos de predominio marcados de las teorías iuspositivistas. Dejando de lado la terminología y operatividad moderna de los derechos humanos, lo cierto es que no resulta problemático ajustar a esa matriz los “suyos” o “derechos” que cada miembro de la especie humana tiene atribuido en razón de esa pertenencia, y que consiguientemente, suscita en los otros el deber de respetarlos o restituirlos. Un derecho orientado al bien del hombre no puede marginar esas “cosas” que naturalmente apreciamos y que aportan a nuestro “florecimiento” y a la sociedad en la que convivimos.

Concluamos este primer punto destacando que estimamos que hay una conciencia jurídica generalizada en estos tiempos que el derecho se formula recurriendo a la estructura lógica de las normas y también a la propia de los principios donde están los derechos humanos, y ambas constituyen especies del género reglas

jurídicas en tanto son medida de las conductas al ordenarlas —con mayor o menor precisión y exigencia deóntica— como obligatorias, prohibidas o permitidas (quizás está más extendido otro uso terminológico: el género corresponde a las normas jurídicas, y las especies son las reglas y los principios). Esos principios asimilados a los derechos humanos guardan escasa conexión con los “principios generales del derecho” en tanto se los consideró por buena parte de la doctrina civilista fundados en la voluntad del codificador y puestos implícitamente en su obra.

III.2. Los derechos humanos no permiten una aplicación silogística directa

En la visión decimonónica la estructura interpretativa respondía a un silogismo en donde la norma constituía la premisa mayor y el caso individual la premisa menor, lo que permitía que a través de un mecanismo subsuntivo se aplicaran las consecuencias previstas en la norma. Esa estructura ya no es posible en el caso que invoquemos derechos humanos dado que estos no pueden operar directamente como una premisa mayor donde aparezca el término mayor y el término medio, según las reglas del silogismo que nos vienen desde Aristóteles. La mera apelación a un derecho humano sin la respectiva definición o traducción normativa del mismo, impide invocar un hecho que esté regulado por aquel y que se identifique como una eventual premisa fáctica aplicativa. Los derechos humanos son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia que los juristas derivarán para sus casos. Insistamos que desde un punto de vista lógico podemos llegar a decir que mientras las normas son “juicios”, los “principios” serían “conceptos” que requieren ser definidos, y luego sí derivar desde ellos juicios que pueden funcionar como premisas mayores en un silogismo aplicativo. Así, por ejemplo, del principio de la dignidad humana como inviolable previsto en el art.1 de la Constitución alemana, la Corte constitucional respectiva derivó muchas respuestas jurídicas a casos variados pertenecientes a las típicas ramas del derecho; y algo parecido ocurrió con la Corte Suprema argentina a partir del mandato constitucional preambular de “afianzar la justicia” como una fuente de respuestas jurídicas variadas.

Los derechos humanos para estar en condiciones de regular situaciones fácticas particulares o concretas requieren ser formulados o proyectados a través de normas donde se definan los tipos abstractos o genéricos en donde luego queda la alternativa de subsumir el caso que pretendemos regular. Así por ejemplo si yo quiero resolver desde el derecho humano a la igualdad la situación fáctica de pagos salariales diferenciados a hombres y mujeres, se torna necesario construir una norma que, fundada en el derecho de la igualdad, impida jurídica y explícitamente pagos diferenciados según se lo realice a un hombre o una mujer, y entonces sí desde esa norma derivada de aquel principio se podrá obligar a la igualdad de salarios sin diferenciaciones fundadas en el sexo del trabajador.

Es habitual que cuando el jurista va a resolver un caso apelando a derechos humanos o principios, se encuentra con más de uno y en una particular situación de tensión o conflicto entre ellos. De ahí la necesidad de armonizarlos o conciliarlos por medio de una cierta regla que fije las condiciones en las que se reconoce para el caso en cuestión cierta prevalencia de uno sobre otro. Definida esa regla como resultado de la “ponderación” en la que aparezca la hipótesis fáctica que determina cierta consecuencia jurídica, ella puede ser usada como premisa mayor de un silogismo subsuntivo. Volviendo al ejemplo de arriba, y supongamos que el empleador pretende pagar menos la hora de trabajo de la mujer a tenor de que la

ley vigente lo contempla e invoca el principio de legalidad y seguridad jurídica en su respaldo, sin embargo, seguramente la decisión judicial impondrá apoyándose en el principio de igualdad que no se puede jurídicamente pagarse un salario diferenciado en razón del sexo del trabajador.

No se da demasiada originalidad al concluir que para resolver casos por medio de normas el recurso sigue siendo el silogismo, pero teorías como las de Alexy ha desplegado una enorme y sofisticada propuesta en torno a la ponderación de principios (derechos humanos) apoyándose en jurisprudencia constitucional, dado que en esta habitualmente encontramos alguien que defiende la constitucionalidad de la norma en razón de un principio, mientras que otro la ataca invocando otro diferente principio, y el tribunal tiene que procurar que haya la menor restricción de los derechos en juego, y si llega haberla justificarla por la expansión del otro en conflicto. Conocidas y muy empleadas en los tribunales son las tres reglas alexyanas constitutivas del “principio de proporcionalidad” (39), adecuación o idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, y también la famosa y polémica ecuación matemática propuesta al respecto por el profesor alemán. El mundo de la racionalidad ponderativa o prudencial es el ámbito privilegiado para operar los derechos humanos.

III.3. En los derechos humanos no cabe la utilización de los métodos interpretativos típicos

Savigny consagrará la exitosa fórmula que interpretar una norma era “reconstruir (o desentrañar) el pensamiento del legislador ínsito en la ley” (40) y para ello propuso cuatro métodos: a) el gramatical (tenía por objeto las reglas gramaticales a las que recurrió el legislador y que permitirían saber exactamente lo que la ley dice); b) el lógico (apela a dilucidar cualquier duda yendo a la voluntad del legislador expuesta en los debates parlamentarios, notas a pie de página, etc.); c) el histórico (se compara la ley o el derecho anterior con el nuevo); y d) el sistemático (contempla la ley o la norma en cuestión en el marco del sistema adonde se incorpora la misma). Por supuesto que esos métodos no resultan satisfactorios para los derechos humanos en tanto: a) el recurso a la fórmula lingüística en que esta expresado el derecho humano no goza de un pacífico significado normativo, y abre decisivas polémicas en orden a establecerlo; b) porque la decisión del legislador al limitarse a reconocer y no crear el derecho humano, no es relevante su propósito para dilucidar su contenido y alcance; c) no cabe la aplicación del método histórico en tanto los derechos humanos fundamentales no pueden someterse —diría Dworkin— al test de origen o *pedigree* (41), pues ellos son esa juridicidad dada e indisponible para el creador de toda norma; y d) los derechos humanos resisten su inclusión en un sistema completo y apriorístico, más bien son compatibles con un sistema dinámico y puesto a prueba en cada problema jurídico que corresponde resolver computando lo axiológico y el caso mismo.

Aludimos ya a la propuesta de Alexy con relación a que el método con el que se operan los principios (donde están los derechos humanos) es el de la “ponderación” (ellos son “mandatos de optimización según las posibilidades fácticas y jurídicas”, mientras que las normas “mandatos definitivos”), de manera que el intérprete debe disponerse a “pesar” o “ponderar” los derechos o principios que aparecen en tensión y que reclaman diferentes soluciones para el caso planteado. Ello es precisamente lo que con normalidad ocurre en casos jurídicamente importantes o trascendentes, y en esa hipótesis el operador judicial debe ponderar todo lo que está en juego en relación con los derechos humanos que invocan en tensión las partes procesales, así cuando se ponen en conflicto la libertad de expresión y la dignidad humana, la seguridad jurídica y la equidad, el derecho

de la comunidad y el derecho del individuo, etc. Mientras las normas se aplican disyuntivamente o a todo o nada [*all-or-nothing-fashion* (42)], diríamos —parafraseando a Pound— que el derecho humano nos brinda solo una orientación para el razonamiento jurídico aplicativo, pero sería ingenuo suponer que hay como un “sentido” único, definitivo y canónico que se “desentraña” y posibilita la solución para el caso que convoca al intérprete.

Si vamos a la teoría iusnaturalista clásica, ese trabajo que llamamos “ponderativo” en torno a los derechos humanos o principios, puede comprenderse en el marco del saber prudencial, pues su objeto es definir la mejor conducta para el caso en cuestión teniendo en cuenta las circunstancias y argumentos en juego y esgrimibles dialécticamente. Metafóricamente la prudencia funciona como una especie de puente entre exigencias generales y cómo se proyectan o adaptan las mismas al problema jurídico concreto en el que corresponde definir la conducta razonable. El iuris-prudente no está para limitarse a desentrañar un sentido de la norma, sino para ver posibilidades, bienes en juego y consecuencias de las alternativas, pues incluso tiene en cuenta la enseñanza clásica que “lo mejor puede ser enemigo de lo bueno”; de ahí que —ejemplificando— Tomás de Aquino concluye que en base al principio de equidad no cabe que el depositario devuelva al depositante el arma dejada en depósito, cuando se la pide para matarlo con ella, y por ende, el *pacta sunt servanda* debe ceder a no poner en riesgo la vida del depositario. Los derechos humanos siendo principios del derecho, tienen razón de fin, y ellos cuentan con capacidad jurídica desde los cuales cabe concluir o determinar derecho en general y para los casos particulares.

En los derechos humanos no hay un texto normativo en el que cabe desentrañar un sentido o significativo normativo, más bien puede asimilarse a un lugar desde el cual es posible derivar distintos significados normativos a tenor de las conductas que están bajo estudio, pero la dificultad estará en que no solo hay distintas alternativas derivables del mismo derecho humano, sino que frecuentemente aparecerán en conflicto otro u otros derechos distinto del primero, y el jurista necesitará conciliarlo o evitar el sacrificio o la disminución injustificada de alguno de ellos. No basta el manejo de la lógica en ese trabajo ponderativo o prudencial el que requerirá un esfuerzo significativo al definir la respuesta jurídica que se ajusta al caso a resolver; glosando a Kaufmann podemos decir que aplicar el derecho a un caso equivale a descubrirlo, y ello será más claro cuando se trata de resolverlo desde los derechos humanos.

III.4. Los derechos humanos apelan al saber práctico ético

El modelo de saber que predominará en el siglo XIX será el físico-matemático; y ello se consolidará cuando al finalizar el primer tercio del siglo XX el Círculo de Viena establecerá que los dos únicos caminos para el saber son: el camino de los juicios verificables o *a posteriori* en los que se puede probar o demostrar lo que se conoce, y el segundo camino es el de los juicios apriorísticos o tautológicos como los de la lógica y las matemáticas. De ese modo quedan sepultadas las posibilidades de un saber en el campo moral o axiológico en donde se trata especialmente de definir o dirigir una conducta a tenor de su valor. Dicho de otra manera, desde aquel paradigma epistemológico es inviable ocuparnos de la praxis humana con el objetivo de ordenarla o valorarla racionalmente, y solo se habilitan visiones escépticas en materia ética o axiológica. Un buen ejemplo de ellas puede ser Alf Ross asimilando los juicios de valor a golpes en la mesa con el propósito de impresionar emocionalmente al interlocutor; o Kelsen afirmando que la justicia es un “ideal irracional”. Sin embargo, a comienzos de los '70

(36) Sin perjuicio de otras consideraciones más adelante, remito a mi libro “Los principios jurídicos”, Depalma, Buenos Aires, 2000.

(37) Cfr. GARCÍA LÓPEZ, J., “Los derechos humanos en Santo

Tomás de Aquino”, EUNSA, Pamplona, 1979.

(38) FINNIS, J., “Aquinas (Moral, Political, and Legal Theory)”, Oxford University Press, 1998, p. 136.

(39) Cfr. BERNAL PULIDO, C., “El principio de proporcionali-

dad y los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

(40) Von SAVIGNY, F.C., “Los fundamentos de la Ciencia Jurídica” en *La ciencia del derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949,

p. 82.

(41) DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1984, p. 95.

(42) *Ibidem*, p. 77.

se extenderá de manera cada vez más visible la propuesta de “rehabilitar la razón práctica” (43), y consiguientemente, por distintas vías filosóficas (entre ellas las de raigambre aristotélica y las apoyadas en Kant) se intenta superar la condena que se había hecho en torno a los enunciados valorativos como meras expresiones emotivas irracionales o solipsistas. La ética comienza a reclamar y a poblarse en las últimas décadas de propuestas cognitivistas y objetivistas; alimenta esa promoción el temor de que si no podemos “saber” lo que está bien y lo que está mal, solo queda el camino de la lucha en donde las posibilidades de triunfar estarán a favor de los poderosos.

Teniendo los derechos humanos un contenido claramente ético o axiológico, resulta apropiado para su conocimiento y operatividad un tipo de saber que afronte a las conductas humanas con el propósito de establecer racionalmente la más valiosa, mejor o preferible en relación a aquellos derechos, pero para ello debemos resignarnos a no contar habitualmente con juicios necesarios o apodícticos sino con juicios que proveen certezas probables o excepcionales y optar por un camino que asuma el diálogo, la deliberación o la controversia. Podemos una vez más proyectar al campo de los derechos humanos las explicaciones que en torno a los principios brindan tanto Dworkin como Alexy, el primero cuando los define como “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”, y el segundo cuando los identifica con “mandatos de optimización” en razón de que no exigen una cierta y precisa conducta sino la mejor posible para el ciudadano y la sociedad en base a las posibilidades fácticas o jurídicas correspondientes.

Resulta oportuno en ese punto volver al Aquinate cuando enseñaba que a medida que descendemos al campo de lo contingente y variable se potencia el riesgo del error, y por eso es alternativa racional confiar en el juicio de los prudentes o virtuosos en orden a saber la conducta justa a adoptarse. También podemos acudir a Finnis cuando postula como contenido de los derechos humanos a los “bienes humanos básicos”, aunque sin establecer jerarquía entre ellos y habilitando a diversas morales individuales igualmente “florecientes”. Afirma el profesor oxoniense: “Hay muchas razones básicas para la acción... Cada razón lo dirige a uno hacia un bien básico, intrínsecamente bueno para cualquier ser humano. Y cada razón puede concretarse de innumerables maneras en la vida de uno y la de las comunidades a las que uno pertenece”, y en relación con las guías de nuestras elecciones la respuesta de Aquino remite a: i) la felicidad como realización; ii) la virtud, en especial la prudencia; y iii) la regla de oro: “haz a los demás lo que te gustaría que te hicieran a ti” (44). A tenor de esas caracterizaciones, los principios y, por ende, los derechos humanos, resultan inadecuados para ser conocidos y operados desde un saber que rechaza valoraciones, que pretenda certeza absoluta o sin excepciones o que no esté dispuesto a someterse a un procedimiento dialógico que, dentro de ciertos márgenes, configure lo correcto o lo justo.

El contenido de los derechos humanos (libertad, igualdad, dignidad, etc.) nos instala en el campo del saber moral o ético, de ahí que puede resultar absolutamente errado y peligroso que nuestras Facultades de Derecho mantengan la enseñanza típica del EDL que ninguna conexión existe entre el derecho y la moral, y que los únicos deberes sociales son los prescriptos por la ley. La vida social incluye deberes jurídicos, pero también deberes morales en los que la intención resulta relevante para confirmar el nivel de su cumplimiento, a lo que agreguemos que la eficacia del derecho mismo depende en significativa medida de la conciencia moral de los ciudadanos (la sabiduría popular enseña: “hecha la ley, hecha la trampa”). Remitir toda la moral a la conciencia autónoma y libre importa poner en riesgo grave

una buena vida social respaldada por una sólida y consolidada experiencia universal.

III.5. La comprensión de los derechos humanos requiere de la antropología

En la cultura jurídica que se auspicia habitualmente en nuestras Facultades de Derecho inspiradas en las Universidades napoleónicas, solo se estudia derecho y se declara —explícita o implícitamente— la irrelevancia de los otros saberes no jurídicos; o, dicho de otra manera, se auspicia un “insularismo jurídico” (Nino) en tanto se propone el derecho como una especie de isla que solo la habitan juristas y en la que solo hay normas jurídicas. Desde esa matriz, persona en términos jurídicos y recurriendo a Kelsen, será un “centro de imputación normativa”, por ende, no corresponde acceder a personas que reclaman un *status* jurídico forzoso o privilegiado, como tradicionalmente se invoca para el ser humano. El derecho tenía esa competencia per-formativa para definir su aparato conceptual con absoluta libertad, y sin mezclarse con exigencias que venían de lugares ajenos al mismo, como la naturaleza o las dimensiones políticas, morales o culturales.

Frente algunas posturas que rechazan las discusiones sobre los fundamentos, resulta muy elocuente traer a colación el artículo de Alexy titulado “¿Derechos humanos sin metafísica?” (45), donde defiende que una defensa y explicación coherente de los mismos requiere establecer la titularidad de los mismos, y para ello se torna imprescindible ir más allá de lo empírico y de lo que diga el derecho. Por supuesto, que resulta obvio que la definición que adoptemos sobre el ser humano condicionará lo que luego digamos sobre los derechos humanos, más aún, su nómima, fundamento y alcance de los mismos. Hay discusiones hoy muy vivas acerca de derechos de animales, plantas, etc., o sobre la posibilidad de que la titularidad se reconozca a un sujeto colectivo, y una respuesta justificada al respecto necesita previamente el correspondiente esclarecimiento antropológico. La mera enunciación de un derecho humano fácilmente es suscribible, pero ello dice muy poco si no se acompaña de una definición de hombre o de la personalidad jurídica.

Quizás corresponda recuperar el célebre consejo de Cicerón dirigido a aquellos que quieren conocer qué es el derecho, indicándoles que a esos fines deben ir a conocer cuál era la naturaleza humana. Con acierto concluye Pedro Serna: “La fundamentación última de la actividad jurídica descansa, pues, sobre una antropología, lo cual supone que la pregunta por qué hay derecho —la pregunta por la ontogénesis del derecho, en la terminología de Cotta— es rigurosamente a la pregunta qué es el derecho” (46). También Lévinas, desde su particular filosofía reconoce que es el concepto del “otro” el que origina y funda los derechos humanos (47). Es obvio que si yo parto de una visión antropológica individualista, materialista, espiritualista, colectivista, voluntarista, etc., dicha opción terminará proyectándose y determinando una cierta concepción del derecho y, consiguientemente, de los derechos humanos. Así por ejemplo si creemos que la razón humana con Hume es esclava de las pasiones, pareciera inadecuado confiar en que la argumentación que respalde racionalmente alguna norma jurídica será suficiente para alcanzar un cumplimiento voluntario de la misma. Sin dilucidar quién es un ser humano, no podemos sería y coherentemente hablar de derechos humanos precisando al titular de los mismos.

Aquí de vuelta cabe el reproche a los estudios humanísticos que no incluyen una atención prioritaria y detallada sobre “que es el hombre”, pues la experiencia académica jurídica propia y seguramente universalizable, confirma la ignorancia —pensamos en nuestras Facultades de Derecho— supina

que hay sobre esos temas, no obstante que discusiones muy actuales en la que legítimamente intervienen los juristas —como la ecológica o la bioética— requiere tener más o menos claro las notas distintivas de lo humano y sus diferencias con el mundo animal, vegetal y el de las cosas inertes.

III.6. A los derechos humanos no les basta un saber meramente científico jurídico

El paradigma del saber jurídico según el modelo decimonónico era el científico según el paradigma de la física o las matemáticas en tanto un saber objetivo, exacto, demostrativo descriptivo, sistemático y aséptico, que procura en todo momento ser fiel a la mera voluntad del legislador o del creador de la norma que para cada caso escoge una respuesta que simplemente canaliza lo que quiere. Reiteremos que en el prólogo de la primera edición de la “Teoría pura del derecho”, Kelsen confía en lograr elevar la ciencia jurídica al sitial de las verdades ciencias capaces de proporcionar conocimientos “exactos” y “objetivos”. El camino escogido por el maestro austríaco será separar a las normas jurídicas vigentes que eran fruto de un crudo voluntarismo, de las proposiciones científicas descriptivas sin compromiso valorativo. Desde aquella perspectiva gnoseológica no solo no cabían —como denunció Carlos Nino contra los modelos epistemológicos (48) de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourrón— las valoraciones, sino tampoco las propuestas *de lege ferenda*, y a tenor del modelo decimonónico el intérprete debía limitarse a ser ese “ser inanimado” que se limitaba a decir las palabras de la ley para el caso —según la repetida descripción y propuesta de juez que consagró Montesquieu y que repitió la escuela exegética francesa—. Además, esa ciencia jurídica dogmática estaba fuertemente atada a la enciclopedia jurídica, de manera que cada una de ellas se configuraba en torno a las diferentes ramas del derecho que, en definitiva, coincidían con los códigos y sus libros que el legislador había sancionado.

Una comprensión exhaustiva y completa del contenido de los derechos humanos nos impone recurrir a un saber que necesariamente será raigal y atento teleológicamente a lo que es el hombre y su sociedad. Ello se revela con evidencia cuando reconocemos que el contenido de los derechos humanos es moral antes que jurídico, de ahí la terminología anglosajona de “moral rights”. En coherencia con dicha tesis cabe sostener que el ámbito de la gnoseología jurídica más idóneo para comprender los derechos humanos y su carga axiológica, será el de filosofía jurídica y, en última instancia a la pregunta primera por el “sentido” del derecho y la posibilidad de obtener una respuesta racional que cubra ese requerimiento de favorecer la mejor vida en común procurando que a cada uno se le respete “lo suyo”. En esa sintonía, recordemos un provocativo artículo de Alexy contra los reduccionismos cientificistas explicando “La naturaleza de la filosofía del derecho” (49), y también que el juez Hércules propuesto por Dworkin capaz de encontrar la “respuesta correcta” para cada caso, no solo es un semi-dios, sino que es un filósofo de derecho. Seguramente, como recordaba Maritain en oportunidad de acordar la lista de los derechos humanos fundamentales de 1948, resultaba muy fácil establecer esa nómima, pero a la hora de fijar su significado o su “contenido esencial” (como precisan las Constituciones alemana y española) surgen grandes dificultades a tenor de la filosofía jurídica que inspira al jurista. Escasa coincidencia alcanzará en torno al derecho humano a la libertad quien adscribe a una filosofía jurídica de corte individualista, respecto a quien reconoce el “bien común” como fin del derecho; o cual es el contenido de la dignidad humana entendida desde una matriz personalista funcional (remitida a alguna función como la comunicativa o dialógica) u ontológica (identificada con la definición biológica).

En definitiva, si un jurista opta por un reduccionismo gnoseológico cientificista, seguramente los derechos humanos le resultarán una realidad poco inteligible o misteriosa, además de peligrosa en tanto sus conexiones con el mundo de los valores y su dimensión no empírica. Por supuesto que el rechazo de los “cientificismos” no implica propiciar “filosofismos”, sino reiterar la integralidad del saber jurídico en donde cada medio gnoseológico enriquece, confirma o corrige a los restantes (50). Necesitamos de la ciencia jurídica, aunque asignándole también una función valorativa, pero también y prioritariamente necesitamos de una filosofía jurídica que nos permita reconocer y auspiciar al mejor derecho, posibilitando que racionalmente se invalide a aquel que solo en apariencia es derecho, atento a que su contenido es absoluta e inequívocamente absurdo, irracional o inmoral, por lo que no puede ser reconocido como parte del mismo.

Se ha consignado de la preocupación que tuvo Napoleón cuando aparecieron los primeros comentarios a su Código, pues ellos implicaban un riesgo a la exigencia de someterse dogmáticamente a la palabra y voluntad del legislador. Ese riesgo será mayor cuando habilitamos preguntas axiológicas con relación a lo dispuesto en la ley, y desde perspectiva una materia peligrosa es sin duda la filosofía jurídica. Nuestras Facultades en la práctica promueven a las ciencias jurídicas y desalientan el interés respecto de preguntas que excedan el conocimiento del derecho vigente. Los profesores de filosofía del derecho sabemos muy bien lo que cuesta despertar el interés de los alumnos respecto de sus temas típicos. De todas maneras, es claro que la doctrina de los derechos humanos se nutre necesaria y medularmente de la filosofía jurídica.

III.7. Los derechos humanos resisten visiones jurídicas

Anticipábamos que el juridicismo fue otra característica del modelo teórico que se propuso por el paradigma decimonónico, en el sentido que el derecho podía y debía ser comprendido solo desde el derecho. La realidad del derecho construida legislativamente se ofrecía a los juristas como una realidad autónoma y autosuficiente que no requería de contaminaciones morales, económicas, políticas, etc. Más aún, los científicos se detuvieron en procurar no solo delinear sus respectivas ramas como “verdaderas” ciencias autosuficientes, sino en deslindar el derecho de las tradicionales tentaciones contaminantes o “impuras” que venían desde la moral u otras dimensiones de la realidad. Alguien que sabía derecho no necesitaba recurrir a otros tipos de saberes, dado que su realidad la establecían exclusivamente las normas jurídicas y su tarea se reducía a descubrir y describir su sentido en el marco de un sistema jurídico que contaba con límites perimetrales estrictos y que definía claramente la unidad, la jerarquía, la coherencia y la completitud de esas normas.

Los derechos humanos claramente resisten ese juridicismo dado que su comprensión y operatividad requiere apertura a toda la realidad y previsión a las dimensiones casuísticas en donde ellos se proyectarán. Una solución jurídica para un determinado problema inferida desde algún derecho humano, supone inexorablemente pensar en ese hombre y sociedad implicada, donde no solo estará el derecho sino todas las otras dimensiones que le son inherentes y cuyo desconocimiento puede generar una solución imposible o integralmente incorrecta o inhumana. Los derechos humanos cuando obligan, permiten o prohíben lo hacen desde la hominidad comprendida en esas personas humanas interactuando en un determinado lugar y espacio, y para poder hacerlo del mejor modo para el hombre o los hombres implicados, se necesita una mirada abarcadora de todas las dimensiones que ofrece la realidad, más allá de los intereses cognoscitivos específicos que pueden estar presente.

(43) Cfr. RIEDEL, M. (ed.), “Rehabilitation der praktischen Philosophie”, 2 vols. Freiburg i.Br. 197-1974

(44) FINNIS, J., “Aquino...” ob. cit. ps. 131, 132 y 163.

(45) ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?” en *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Ideas y Derecho* (2008), Buenos Aires (atribuye a los derechos huma-

nos cinco notas: 1) universales; 2) fundamentales; 3) abstractos; 4) morales; y 5) prioritarios, precisando que “no pueden ser derogados por normas de derecho positivo...son además la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado”.

(46) SERNA, P., “Sobre las respuestas al positivismo jurídico” en *Las razones del derecho natural*, Renato Rabbi-Baldi Cabani-

llas (coord.), Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 86. En este libro Kaufmann A. en p. 238 afirma: “la idea del derecho es una imagen de la idea de hombre”.

(47) Cfr. LÉVINAS, E., “Les droits de l’homme et les droits d’autrui” en AA.VV., *Indivisibilité des droits de l’homme. Acte du Colloque Interuniversitaire*, Univ. Fribourg (Suisse), 1985.

(48) NINO, C.C., “Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica”, Fontamara, México, 1993.

(49) ALEXY, R., “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa*, Alicante, 2003, ps. 145-160.

(50) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, J.M., “La estructura del conocimiento jurídico”, Universidad de Navarra, 1963.

Los derechos humanos imponen una mirada no solo reducida al derecho sino comprensiva de las diferentes dimensiones en las que el mismo se mezcla, y cuya ignorancia puede terminar generando caricaturas, insuficiencias o monstruosidades en el derecho. Recordemos que en la filosofía aristotélica lo justo político incluía lo justo natural y lo justo legal. Contemporáneamente, es común que las propuestas teóricas que invocan razón y saber práctico, como las de Alexy o Finnis, concluyen en la inescindibilidad del derecho con las otras dimensiones sociales como las de la política y la moral. Acudamos a la vieja enseñanza reiterada por Aquino que la ley debe adaptarse a las costumbres de la sociedad que regula, en tanto el bien común político finalmente se define para una determinada sociedad y su específico tono moral; por eso también la ley no exige todo lo que está bien ni prohíbe todo lo que está mal, siendo su propósito prioritario el de forjar buenos ciudadanos.

Si partimos de una noción de validez jurídica asimilada a justificación racional (51), esta no puede reconocerse completamente si no vamos más allá del derecho. En efecto, será inviable entender como válida o justificada una norma cuando: i) el lenguaje en el que se formula la norma jurídica es desconocido por el destinatario; ii) la conducta prescripta es de imposible realización por parte del destinatario; iii) el medio escogido por la norma jurídica no conduce al fin que se propone la norma; iv) las consecuencias derivadas de la norma son absolutamente absurdas o irracionales; v) la norma resulta claramente ininteligible o ilógica; vi) es contraria a arraigadas costumbres de la sociedad; etc. En síntesis, el jurisdiccionismo puede generar violencias en los destinatarios a la hora de exigírseles el cumplimiento de la norma sin computar todo lo implicado más allá de la misma y su posibilidad de comprenderla y aceptarla.

III.8. Los derechos humanos imponen visiones constitucionalistas

El modelo decimonónico se basó en la sinomimia entre derecho y ley, pero como ya consignamos arriba, ese modelo entrará en crisis después de la segunda guerra mundial cuando empieza a configurarse el Estado de Derecho Constitucional (EDC) que reemplazará al Estado de Derecho Legal (EDL). Ha sido tan fuerte el impacto que ha producido la operatividad de la Constitución sobre el derecho y la cultura jurídica europea, que ello ha generado nuevas teorías a las que se las reconoce con el nombre genérico de “neoconstitucionalismos”, aunque otros prefieren hablar de “constitucionalismo post-positivista” (Atienza) o “constitucionalismo garantista” (Ferrajoli). Algunos de los nombres que se han generalizados reconociéndolos como adscriptos a aquella corriente de la teoría jurídica son Ferrajoli, Alexy, Atienza y Nino, entre otros. Sin embargo, ha habido mucha resistencia de algunos de ellos por esa adscripción, de todas maneras nosotros hemos reconocido hasta cuatro versiones neoconstitucionales (52) cuyo rasgo común es haberse abocado a explicar, avalar y promover al EDC. Por encima de esas teorías, pareciera consolidarse la idea que la Constitución es el “higher law” y, en consecuencia, rige en términos de derechos y deberes para toda la sociedad, para todos los órganos con competencia jurígena y para todos los juristas. De ese modo corresponde que el juez recurra en todos sus casos a buscar o a verificar si la respuesta jurídica que impondrá es compatible con la misma Constitución, pues esta siempre hablará respecto de un caso jurídico, sea de manera positiva o simplemente indicando los márgenes con los que se cuenta para determinar la respuesta jurídica para el mismo.

(51) Cfr. mi artículo “Una teoría de la validez jurídica”, *Doxa*, n°39 (2916), Alicante, ps. 99-125: donde identifiqué hasta once exigencias de la validez como justificación racional.

(52) Remito a mi separata “Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2018.

(53) Cfr. FERRER MacGREGOR, E. (coord.) “Interpretación

Precisamente la Constitución es el lugar privilegiado dentro del derecho positivo para los derechos humanos, dado que estos pretenden regular a la totalidad de la sociedad, incluida de manera privilegiada —pero no exclusiva— la relación de los ciudadanos con el poder y los órganos del Estado. Zagrevlsky un tanto exageradamente afirma que mientras la ley formula su derecho por medio de normas, la Constitución prefiere la vía de principios o los derechos humanos. Esa operatividad directa de la Constitución exige del juez y de todo juez una sólida formación y conciencia constitucional, al margen de aquella con la que debe contar a tenor de la competencia material que tiene jurisdiccionalmente asignada. El juez actual requiere además de una sólida formación constitucional, también una matriz apropiada para poder operar con ella dado la —como arriba se subrayó— teoría interpretativa decimonónica construida con base en la ley. Más aún, no solo conciencia constitucional para posibilitar la eficacia prevalente de los derechos humanos, sino también advertir que estos son el principio y fin del derecho y del bien común político, en tanto el sentido de su existencia y justificación es beneficiar al hombre y a la sociedad. Esa comprensión de la Constitución trae aparejado casi automáticamente una preocupación por la vigencia de los derechos humanos superando las meras exigencias que le impone al juez la rama del derecho sobre la que tiene competencia. No es posible seguir pensando el derecho constitucional como una rama más junto a las otras típicas de las currículas vigentes en las Facultades de Derecho, más bien lo que corresponde advertir es que en estos tiempos la Constitución se proyecta sobre el resto del derecho vigente y válido y termina constitucionalizándolo. En algún sentido cuando un jurista quiere comprender y operar el derecho necesariamente debe contar con formación constitucional específica, pues ella será la que provee el aparato conceptual indispensable para cumplir adecuadamente su servicio profesional.

El derecho constitucional funcional al EDL era fundamentalmente derecho político o derecho del poder estatal y de su distribución, por eso se interesaba prevalentemente de la parte orgánica de la Constitución y no le prestaba atención destacada a la parte dogmática de la misma, pues en definitiva esta era meramente programática y su proyección jurídica estaba a cargo exclusivo del legislador. Estimamos que aún no se verifica entre los constitucionalistas en general un interés claro y contundente por los derechos humanos, y esta materia sigue en buena medida asumida por los iusfilósofos, y esto se revela en que la gran mayoría de los neoconstitucionalistas ejercen académicamente en las cátedras de teoría del derecho o filosofía jurídica. Por supuesto, que no se trata de sustituir disciplinas de una con otra, sino advertir la necesidad de encuentros para provecho mutuo.

Un buen ejemplo en la Argentina de ese reconocido proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es el último Código Civil y Comercial. Mucho se ha escrito sobre las particularidades de la interpretación de la ley y sus diferencias con la interpretación constitucional (53), pero nos gustaría destacar que será muy difícil ignorar la jurisprudencia constitucional si se tiene interés de conocer la nómina, contenido, fundamento y operatividad de los derechos humanos de un determinado país. En última instancia es en ese ámbito donde se discierne el derecho vigente y válido, y se establecen directivas para su operatividad.

III.9. Los derechos humanos desbordan y alteran la nómina y noción de fuente del derecho

El modelo decimonónico encomendó fundamentalmente a los Libros Primeros de los Códigos

constitucional”, ts. I y II, Porrúa-UNAM, México, 2005 y mi libro “Interpretación constitucional”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

(54) Cfr. AGUILÓ REGLA, J. - VIGO, R., “Fuentes del derecho. Dos visiones”, Astrea, Buenos Aires, 2018.

(55) ARISTÓTELES: “Es común a todos los principios el ser punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se cono-

Civiles establecer la nómina de las fuentes del derecho y lo que le correspondía hacer al jurista con ellas a los fines de encontrar la solución jurídica para sus casos. Esa nómina era: i) exhaustiva; ii) circunscripta a muy pocas; iii) necesitaban contar con la aprobación del Estado soberano; iv) se escribían; y v) se publicaban en un órgano oficial ad hoc. Por otro lado, había una jerarquía muy clara que ponía a la ley en el lugar central y más elevado, de ese modo la costumbre que se aceptaba como fuente eran solo la interpretativa —de la ley— y la supletoria —de la ley—, y así frente a la remota posibilidad de un silencio legal aparecía la alternativa de recurrir a los medios de integración de la ley. Esa visión legalista, repetamos que llegaba incluso al extremo de negar los mecanismos de integración jurídica, como en el *Code français* de 1804; y algunos representantes de la exégesis francesa sostuvieron que si se presentaba un caso no previsto en la ley, el mismo no era jurídico, dado que el derecho coincidía con la ley. Aun en los códigos civiles que reconocieron la posibilidad de lagunas en la ley y el recurso a los principios generales del derecho —el art.16 del Código Civil argentino originario—, la doctrina civilista más extendida nos parece que nunca le prestó demasiada atención a estos últimos. Es que, frente a la confianza en la infalibilidad del legislador, la hipótesis de ausencia de ley se suponía remota, y en definitiva la respuesta jurídica que eventualmente se derivara de los principios nunca podía ser *contra legem*, atento a que ellos los había puesto el mismo legislador de manera implícita en el código, y su validez jurídica descansaba en esa voluntad del codificador.

El reconocimiento operativo de los derechos humanos pone en crisis esa nómina e incluso la noción misma de fuente del derecho (54). Es que, si los derechos humanos coinciden con aquella juridicidad indisponible para la autoridad que pretende hacer derecho, su violación grave y evidente frustra toda capacidad jurígena, incluso la del poder constituyente. Los derechos humanos son derecho concentrado o respuestas jurídicas concentradas que orientan y limitan a las respuestas que terminarán de positivizarse en el derecho. Ellos guían la creación de las normas jurídicas y también su aplicación, así a la hora de superar las indeterminaciones de las mismas (sean en los supuestos fácticos como en sus consecuencias), también cuando hay que escoger entre normas contradictorias o cuando hay que suplir una ausencia de respuesta jurídica para un caso, o incluso cuando corresponde invalidar una norma por una irracionalidad o disvaliosidad evidente y muy grave. En tiempos del EDC los derechos humanos se convierten en una especie de principios en sentido estricto [en tanto aquello de donde algo es, se conoce o se hace como derecho (55)] o de fuente del derecho por antonomasia que controla toda otra fuente (el principio tiene razón de fin), a los fines de asegurar que —como mínimo— soluciones claramente contrarias a los mismos no prevalezcan, y también que se escojan siempre las mejores respuestas jurídicas que aporten a su triunfo, que es lo mismo —según Finnis— que el triunfo de la justicia y el bien común.

Ofreciendo los derechos humanos respuestas diferenciadas para los casos jurídicamente importantes, la racionalidad del derecho pretende que esa opción se justifique con argumentos (recordemos que según una definición clásica argumento es “lo que arguye la mente en caso de dudas”), o sea que frente a cuestiones que pueden ser respondidas de distinta manera se torna racionalmente necesario que se respalde la opción escogida con razones o argumentos. Los resultados interpretativos inferidos de derechos humanos requieren una tarea racional argumentativa o justificadora, y esos argumentos terminan de proyectarse como eventuales pautas directivas de la comprensión y operatividad de todo el derecho. En efecto, y a modo de ejemplo, traigamos a colación criterios jurisprudenciales de raigam-

ce” (Metafísica V1, 1013 a 18s. También Aquino: “Principium est id a quo aliquid procedit quocumque modo” (*principio es aquello de lo que algo procede de cualquier manera*) (Suma Teológica, I, q.33, a.1).

(56) AARNIO, A., “Lo racional como razonable”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 123.

(57) PECZENIK, A., “On Law and Reason”, Springer, p. 318.

bre constitucional como “libertades preferidas” o “distinciones sospechosas” que funcionan en todos los casos jurídicos. Recordemos que autores como Aarnio llega a asimilar la noción de fuente del derecho con “toda razón ...que puede ser usada como base justificatoria de la interpretación jurídica” (56), y también Peczenik “Todas las razones jurídicas son fuente del derecho en un sentido amplio” (57).

Advirtamos una vez más las características de los derechos humanos: reconocidos, universales e inalienables, y que hay expresos e implícitos, originarios y subsiguientes (58), y que el jurista antes de definir la respuesta jurídica debe controlar el nivel de compatibilidad o incompatibilidad de la misma con aquellos. Ellos integran el derecho vigente y válido y no necesitan de un reconocimiento explícito para que operen, no pudiendo invocarse su ignorancia frente a la acusación de su violación. Sin perjuicio del alcance meta-sistemático o universal de los derechos humanos, el jurista no puede prescindir de su enclave o modalización que ellos asumen en cada Constitución.

III.10. Los derechos humanos internacionalizan al derecho

El modelo legalista derivó armónicamente de la noción de soberanía con la que se fueron forjando los Estados nacionales. Una de las características de esos Estados soberanos —Jean Bodin de por medio— fue imponer, sin rendir cuentas a nadie, el derecho que se aplicaría en sus respectivos territorios. El derecho que regía para la sociedad era aquel que había creado raigalmente el Estado y nadie contaba con un poder jurídico suficiente como para impugnarlo o invalidarlo.

Los derechos humanos, como es bien sabido, internacionalizan al derecho en tanto terminan regulando a los mismos Estados imponiéndoles deberes y exigencias cuyo incumplimiento puede generar reclamos y responsabilidades jurisdiccionales, y por esa vía se termina consolidando la posibilidad de reconocer a las personas físicas legitimación para ante los tribunales internacionales o regionales. Sin duda que nuestro continente también avanzó generosamente por ese camino del derecho comunitario, y logró establecer un espacio interamericano efectivo para los derechos humanos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica a través de sus fallos y opiniones consultivas, como así también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Washington, fueron poniendo en interrogantes el clásico apoteogma de la supremacía indiscutida de la Constitución y debilitando las visiones chauvinistas imperantes. Los derechos humanos han demostrado la utilidad para fortalecer la conciencia de un espacio cultural, territorial y personal en común, y es tarea de los jueces posibilitar que los Pactos respectivos no sean meros propósitos a lograr sino vías operativas concretas de distinta índole. Precisamente la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es también responsabilidad de los Poderes Judiciales el velar por el cumplimiento de los derechos humanos, y la vía de las llamadas “omisiones constitucionales” puede ser empleada en el campo de los derechos humanos para no dejar librada a la voluntad de los otros Poderes la efectiva vigencia de los mismos. Un buen ejemplo de ello es receptado por la Corte suprema argentina en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” cuando reconoce el derecho de réplica, aunque no estaba la ley exigida por el Pacto de San José, sosteniendo (en base a una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana) que por jurisprudencia se puede suplir a la ley.

(58) HERVADA, J., “Introducción crítica al derecho natural”, EUNSA, Pamplona, 1981, ps. 92 y ss.: distingue “derechos naturales originarios” (proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma, y por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana) y los “derechos naturales subsiguientes” (demanan de la naturaleza humana en relación con situaciones creadas por el hombre).

Desde una noción clásica de la soberanía resulta incomprensible el “soft law” o “global law”, o la apelación que hace la Corte Suprema en la causa “Priebke” al “ius cogens” o “ius gentium” para modificar al Código Penal argentino. También resultará sorprendente que la Corte Interamericana obligue a cambiar la Constitución a Chile; que invalide la reserva hecha por México en materia de tribunales militares cuando se sometió a su jurisdicción; o que al margen de lo que dispone la Constitución mexicana amplíe la competencia de los jueces hasta incluir un control de convencionalidad. La doctrina ha pergeñado la fórmula de “diálogo jurisprudencial” para poner de relieve el recurso a jurisprudencia extranjera en orden a escoger ciertos criterios jurisprudenciales. Es que en la jurisprudencia referida a derechos humanos hay un escaso condicionamiento impuesto por los derechos nacionales, por eso los argumentos utilizados en una sentencia cuyo objeto es un caso referido a rechazo de transfusión de sangre por parte de un Testigo de Jehová, seguramente trascienden los ámbitos jurisdiccionales en donde fue dictada y puede ser utilizada por otros tribunales extranjeros en casos análogos.

Consignemos que la referida descripción no implica coincidir con todos los criterios jurisprudenciales interamericanos establecidos, ni tampoco juzga acerca de la competencia de la Corte regional en orden a no computar “los márgenes de decisión nacional”, pues nos estamos limitando a mostrar la realidad sin valorarla e identificando consecuencias teóricas y prácticas. Aunque a ese respecto cabe señalar la reacción de algunos Estados de nuestro continente y también ciertas resistencias o cambios en la jurisprudencia que importan alterar el sometimiento tradicional irrestricto a los criterios de la Corte interamericana (59). De todas maneras, quizás pueda concluirse que un jurista que se limite a conocer solo su derecho nacional cada vez sabrá menos derecho, y aquí es oportuno reclamar que la formación de los juristas incluya derecho comparado, especialmente el derecho de aquellos países con los que nos unen variados e históricos vínculos.

III.11. Los derechos humanos tensionan a la seguridad jurídica en aras de la equidad

Fácilmente se concluye que el valor jurídico que alentará prioritaria y excluyentemente la revolución francesa será el de la seguridad jurídica. Más aún, uno de los cuatro derechos que se consagrará en la famosa Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 será ese derecho a la seguridad (los otros tres previstos en el art. 2 son: libertad, propiedad y resistencia a la opresión), que bajo las tesis de: la voluntad infalible del legislador, que las leyes se presumen conocidas después de publicadas, el paradigma del *dura lex sed lex* y la amenaza a los jueces de imputarlos del delito de prevaricato si se apartaban del sentido de la ley, procura brindar absoluta previsibilidad jurídica a los comportamientos humanos. No faltaron autores que avalaron con sus teorías esta prevalencia de la seguridad como el único valor o aquel decisivo para el cual existía el derecho.

Aquella obsesión y ficción de una seguridad jurídica absoluta ha entrado definitivamente en crisis, y ha sido la preocupación por los derechos humanos uno de esos factores que la ha debilitado. Es que no puede aducirse seguridad frente a un derecho extremadamente injusto, a lo sumo solo desde algún nivel de justicia puede pretenderse adjetivar el derecho con la seguridad. La difusión de los derechos humanos ha fortalecido la conciencia en la sociedad que por encima de valores formales debe prevalecer sustantivamente el respeto al hombre, y que la injusticia grosera e incuestionable no puede obtener el respaldo o la protección del derecho y los juristas. Incluso un importante respaldo a ese nuevo paradigma

axiológico del derecho lo constituye el Estatuto del Juez Iberoamericano que las 22 cortes supremas de Iberoamérica aprobaron en Canarias del 2001, cuando en su art. 43 invocan para la tarea judicial el principio de equidad y que se aprecien al fallar las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables. Si la equidad es la justicia para el caso, no caben dudas que ella nos habla de derechos humanos, dado que frente a la violación de estos, ya no queda espacio para la justicia en cualquiera de sus formas.

Por supuesto, que no resultaría razonable descartar o desprestigiar a la seguridad jurídica (60), pues ella remite a una aspiración intrínseca del ser humano que procura previsibilidad en sus comportamientos. De todas maneras, la seguridad que alienta la modernidad jurídica decimonónica remite a una visión de una razón ficticia o teórica en cuanto pretende que cada ciudadano por medio de la ley hecha por la voluntad infalible esté en condiciones de saber con certeza absoluta las consecuencias que les traería sus acciones y sus omisiones. La ley se escribía y publicaba en un órgano especial *ad hoc*, y comenzaba a regir para todos, más allá la lengua que hablaran o que fueran analfabetos, sin que pudieran invocar su ignorancia. Esa seguridad es imposible, pero sí corresponde alentar una previsibilidad posible, y a esos fines no se puede ignorar el trabajo judicial en orden a corregir, clarificar, completar o invalidar a la ley. En este resultado judicial aparece el derecho contenido en los derechos humanos que, si bien pueden afectar la seguridad jurídica, lo será en la medida que lo exijan las exigencias evidentes de la razón práctica o la justicia. Sería grotesco reconocerse que brinda seguridad jurídica un derecho “extremadamente injusto” (por ejemplo, el derecho nazi) dado que en este supuesto no hay estrictamente derecho sino una mera apariencia o proyecto abortado del mismo.

La preocupación por la justicia del caso necesariamente reclamará contar con el recurso de ese derecho concentrado y en potencia de los derechos humanos, ellos pueden ser un medio idóneo para llevar a cabo prudencialmente los ajustes que necesiten las respuestas jurídicas ya previstas. Esa preocupación coincidirá con no dejar que triunfe un derecho que no sirva real y completamente al hombre y a la sociedad. Apelemos a la palabra de Hervada: “lo justo natural —los derechos naturales— no solo no son ajenos a la historicidad, sino que esta es una dimensión suya. Y lo es de dos maneras: a) por ser derechos realmente existentes, son derechos que se tienen en el tiempo, en la historia; no son derechos supratemporales o intemporales, sino temporales e históricos, como inmersa está en la historia la persona humana; b) en cuanto, al suponer un ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas, el cambio les afecta, al cambiar las personas y cosas” (61).

III.12. Los derechos humanos potencian la judicialización de la vida social

Para el modelo decimonónico el campo de lo jurídico coincidía con los casos que se habían previsto en las normas legales, en consecuencia no puede sorprender el ya referido juridicismo y la confianza dogmática que el derecho carecía de lagunas, atento a que si aparecía un caso que no estaba receptado en alguna ley, ese caso no era jurídico y por consiguiente no debía ingresar a los tribunales. El supuesto forjado al hilo del EDL y el iuspositivismo decimonónico era que los casos jurídicos eran fáciles en tanto instancias individuales de los genéricos ya contemplados y resueltos en la ley.

Sin embargo, la presencia operativa de los derechos humanos rompe aquella solución ingenua y dogmática de la plenitud hermética del derecho. Ya hemos hablado de la indeterminación de los derechos humanos y de su fuerza expansiva en orden a la solución de casos jurídicos. Esa característica ha generado forzosamente la juridización de la vida social (62), y con ella, la respectiva ju-

dicialización. Es bastante evidente cómo ingresan a los tribunales pedidos que tradicionalmente hubiesen resultado inconcebibles que se pretendiera que los jueces los resuelvan, pero bajo el paraguas generoso y expansivo de los derechos humanos ello se ha posibilitado. Esta juridización y judicialización desbordada de la vida social ha potenciado la actuación y el poder de los jueces, pero al mismo tiempo ello ha generado preocupación en orden a evitar un desborde en el Poder Judicial que afecte el funcionamiento de los otros Poderes del Estado, incluso que el EDC degeneren en un Estado de Derecho Judicial. No solo aparece aquí toda la necesidad de una apropiada argumentación judicial a la hora de inferir desde los derechos humanos alguna solución jurídica, sino también aparece la necesidad de que los jueces actúen con “self restraint” y el resto de las exigencias éticas.

Es que si los derechos humanos son contenido moral y forma jurídica resultará inexorable que para poder comprender y satisfacer algún bien humano —individual o colectivo— hay que ir más allá del derecho y extender la mirada a la realidad completa con sus implicancias antropológicas, sociales, económicas, políticas, etc. Toda norma jurídica tiene algún fin que justifica su dictado, y ese propósito necesariamente hay que considerarlo a la hora de juzgar la racionalidad y validez de la misma. Una decisión ponderativa o prudencial requiere computar —siguiendo a Alexy— las “posibilidades fácticas y jurídicas” para lograr dilucidar y escoger la mejor solución jurídica para el caso. Finnis al delinear el “método” para definir el derecho natural o la moral con la que nos conduciremos en la vida, establece que debemos considerar cuestiones concretas, así señala nueve *basic requirements of practical reasonableness* que se mueven en un terreno fuertemente formal o procedimental.

Compartimos las palabras de A. Ollero: “el legislador no puede poner de una vez por todas al derecho, sino que se limita a poner en marcha el proceso interpretativo que cerrará el juez, al decir cuál sea el contenido del derecho legalmente puesto” (63), de ahí también que los casos que merezcan ser atendidos por un juez son los dudosos o difíciles, atento a que su trabajo consistirá en procurar resolverlos prudencialmente cuando “diga” el derecho respectivo derivándolo del derecho vigente y válido. Recordemos que Aquino invocando a Aristóteles habla de la preferencia de buenas leyes frente al arbitrio del juez (64), en base a: i) encontrar buenos legisladores será más fácil frente al número muy superior que se necesitan de jueces; ii) los legisladores pueden examinar muchos casos, mientras que los jueces atienden casos particulares y en tiempos exigentes; y iii) las leyes son universales y para el futuro, y, en cambio, los jueces son susceptibles de las pasiones que generan los casos que atienden.

III.13. Los derechos humanos aportan al mejor funcionamiento del derecho

Si consideramos a los derechos humanos como una juridicidad insoslayable para el que va a crear derecho o como la protección jurídica de “bienes humanos básicos”, y pretendemos que ellos limiten y orienten la creación jurídica, no caben dudas que son un instrumento útil para que finalmente la sociedad tenga un derecho válido y funcional al “buen vivir”, y, sobre todo, aquella medida puede ser usada para descalificar los intentos de un derecho clara y gravemente inhumano.

Más aún, si adoptamos —en clave kelseniana— una definición del derecho como mera técnica coercitiva para dirigir conductas, no cabe al jurista interrogarse por los fines que tiene el derecho y debe limitarse a operarlo sin juicios de valor pretendidamente racionales. Ello no solo es peligroso en tanto puede perjudicar a los destinatarios del derecho, sino que puede también generar un po-

tencial peligro para aquellos que crean o aplican un derecho extremadamente injusto, irracional o disvalioso. Frente a la crítica que se le ha formulado a la fórmula de Radbruch por su aparente ineficacia en tanto no tiene fuerza para impedir un derecho manifiestamente inválido, Alexy ha replicado que aquella tesis conlleva para los que no la respetan, un “efecto riesgo”, en tanto pueden ser imputados en un proceso de responsabilidad penal por hacer o por ejecutar ese derecho que solo es aparente, dado que su contenido es extremadamente injusto o inhumano.

Al margen de ese límite moral que imponen los derechos humanos ellos pueden aportar al mejor derecho al menos por cuatro caminos: (i) como un control de la validez jurídica en razón del límite que supone la injusticia extrema; (ii) ellos también pueden contribuir también al mejor derecho en las hipótesis donde las normas jurídicas pueden fallar por indeterminación; (iii) contradicción o (iv) ausencia. Respecto de la indeterminación normativa (ii), sea en relación al supuesto fáctico o a las consecuencias jurídicas, ya algo dijimos en tanto los derechos humanos pueden orientar el trabajo del jurista determinativo para un caso. Un tercer problema del reductivismo normativista (iii) puede generarse cuando existen dos normas que aportan respuestas jurídicas contradictorias, y en tal supuesto el jurista puede encontrar en los derechos humanos una guía para que elija la mejor de aquellas. Finalmente, un cuarto problema (iv) es que a veces no hay una respuesta jurídica normativa, pero el jurista debe proveer una, dado la naturaleza jurídica del caso en cuestión, y ella puede ser derivada desde los derechos humanos dado que ahí hay derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia.

La presencia de los derechos humanos aporta a una amplitud y flexibilización útil, conveniente y realista del derecho vigente y válido. Por supuesto que no se trata de un principialismo absoluto, pues también necesitamos de las normas con sus respuestas explícitas y ya previstas, aunque habilitando a la operatividad sucesánea de los principios frente a los problemas que ineludiblemente conlleva aquel esfuerzo previsor e imperfecto de las normas. No se trata de confiar ingenua o dogmáticamente en los derechos humanos como un recurso desprovisto de riesgos y capaz de proveer soluciones indiscutidas, sino de reconocer que ellos abren una posibilidad de dotar al derecho de un mayor realismo y un mejor servicio para el buen vivir en común.

III.14. Los derechos humanos exigen una atención prioritaria a la premisa fáctica

El razonamiento de un juez o de un abogado orientado a brindar o postular una respuesta jurídica circunstanciada a un caso determinado respeta habitualmente la estructura propia de un silogismo compuesto, en donde además de premisas jurídicas generales se requerirá de premisas individuales, dado que la conclusión responde a un caso, y según las reglas del silogismo, solo de premisas generales nada se puede concluir y la conclusión sigue la premisa más débil (particular respecto a general y negativo respecto a positivo). Temporalmente lo primero que se requiere en ese razonamiento es contar con el conocimiento de los hechos, de modo que una vez obtenido el mismo cabe ir al derecho vigente y válido a fines de relevar las respuestas que están disponibles para ese caso. Por eso con acierto Taruffo (65) ha insistido de mil maneras que “la verdad es condición de la justicia”, y ello resulta obvio, porque si estamos errados en la premisa fáctica el camino hacia la justicia se tornará difícil o imposible. También el profesor italiano, recurriendo a una noción de verdad como “correspondencia”, ha envestido contra la difundida teoría de las dos verdades (formal o procesal, por un lado, y real o sustancial, por el otro) (66).

Aires, 2020.

(66) Cfr. ATIENZA, M. - VIGO, R. - TARUFFO, M., “Verdad y proceso judicial”, FCJS-UNL-CEJIP, La Paz, 2019.

(59) Cfr. “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)”, ALFONSO, S. - BELLOCCHIO, L., (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2018.

(60) Cfr. mi artículo “Aproximaciones a la seguridad jurídica” en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de España,

año III, nº6 (incluido en mi libro “Interpretación Jurídica”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

(61) HERVADA, J., “Introducción crítica al derecho natural”, ob. cit., p. 99.

(62) Cfr. mi libro “Constitucionalización y judicialización del

derecho”, Univ. Javeriana-Ibáñez, Bogotá, 2012.

(63) OLLERO, A., “¿Tiene razón el derecho?”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 485.

(64) TOMÁS de AQUINO, “Suma Teológica”, I-II, c. 95, a. 1.

(65) Cfr., “Verdad, justicia y derecho” VV. AA., Astrea, Buenos

Ya adelantamos que la perspectiva en el EDL fue que los casos jurídicos eran “fáciles” en tanto contaban con una respuesta prevista en una norma legal y que era esa la que el juez debía repetir en su sentencia por medio de un silogismo no creativo sino aplicativo. En ese marco había plena confianza en la claridad de esa definición fáctica concretada por el legislador y, consiguientemente en la estricta separación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, que habilitaba al recurso de casación orientado a fijar “una” doctrina “legal”. Esa tradicional mirada sobre los hechos hoy ha sido cuestionada con variados argumentos: i) “ninguna proposición descriptiva es apta a priori para captar y agotar el hecho” (67); ii) hay supuestos fácticos que conllevan valoraciones en su descripción y conocimiento (daño grave, convivencia intolerable, etc.); iii) las descripciones fácticas normativas padecen los problemas ínsitos en el lenguaje (vaguedad, ambigüedad, etc.); iv) “el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al hecho” (68), de ahí la crisis del recurso de casación (Corte Suprema Argentina en “Casals” de 2005); v) las dificultades del recurso a la analogía que justifica el tratamiento jurídico equivalente de casos “suficientemente” iguales; vi) el recurso a otras ciencias no jurídicas para conocer los hechos, y su discusión en torno a la certeza de ese conocimiento (ciencias duras, blandas, pseudo ciencias, etc.); etc.

A esa enumeración sucinta de los problemas incluidos en la premisa fáctica hay que sumar los problemas directamente generados en el derecho mismo. Ya dijimos que los derechos humanos son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia, por lo que una vez conocidos los hechos el jurista normalmente se enfrenta con respuestas jurídicas disponibles en el derecho vigente y válido, algunas explícitamente contenidas en normas, otras derivadas por extensión de normas, pero también contará con las inferidas desde aquellos derechos, y a los fines de la sentencia deberá recurrir a la elección de una en función de criterios axiológicos, institucionales, consecuencialistas, etc. Es obvio que contar con los derechos humanos le posibilita al jurista contar con más respuestas de las que tendría si asume una visión meramente normativista, respuestas que supondrán su ajuste a las características de los casos en cuestión.

Si vamos a la filosofía jurídica aristotélica tomista, recordemos que la prudencia tiene por objeto “lo agible humano concretísimo y personal con todos sus detalles” (69), pero como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y la experiencia, observa Aristóteles que los jóvenes pueden ser buenos matemáticos, pero difícilmente prudentes. La relevancia del conocimiento de lo circunstanciado en orden a la prudencia lo destaca el Aquinate: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular; y de tener solo uno, debe tener más bien este, es decir el conocimiento de lo particular que es el más próximo a la acción” (70). La importancia de los hechos en la teoría alexyana queda de manifiesto por ejemplo al momento de la ponderación para resolver conflicto de derechos, dado que habrá que tener en cuenta las “posibilidades fácticas y jurídicas” comprometidas en el caso. En definitiva, las dificultades e importancia de conocer los hechos condicionan el relevamiento de las respuestas jurídicas y su correspondiente elección racional.

III.15. *La operatividad de los derechos humanos requiere de una sólida idoneidad ética*

Se escuchan crecientemente voces que alertan acerca de los riesgos que conllevan los derechos humanos en tanto ellos pueden terminar transformando el EDC en un Estado de Derecho Judicial en donde el derecho sea lo que los jueces dicen que es. Ese riesgo no solo es jurídico en tanto la jurisprudencia queda convertida en la única fuente del derecho, sino que se proyecta al cam-

po político dado que la misma democracia queda convertida en los hechos en una especie de aristocracia judicial. Más aún, los temores se acrecientan cuando se advierte que la posibilidad de desembocar en aquel judicialismo queda en manos de los mismos jueces que son el poder constituido que tienen la última palabra acerca de cuál es el derecho vigente y válido.

En una lógica auténticamente democrática todos los que gobiernan deben contar con una cierta idoneidad ética, dado el poder del que disponen y la consiguiente responsabilidad que pesa sobre ellos. De ese modo, la conclusión es que a mayor poder más responsabilidad, y a tenor de la centralidad que han asumido los jueces cabe exigirles una sólida idoneidad ética no solo al momento de su designación sino también como causal de destitución. En el marco del EDL seguramente bastaba la idoneidad científica como para designar a alguien como juez, sin embargo es claro que no hay incompatibilidad entre ser un gran académico y al mismo tiempo ser un corrupto. Por supuesto que en el *common law* los criterios para designar un juez son muy diferentes, dado que lo decisivo terminan siendo pautas orientadas a esclarecer su personalidad ética, y un ejemplo de ello se comprobó en la designación del juez de la Corte Suprema de EE.UU. Brett Kavanaugh cuando la impugnación que se le hizo en el Senado remitía a cómo se había comportado en una fiesta estudiantil cuando tenía 18 años.

Para reclamar idoneidad ética ello solo es posible si partimos de una teoría ética cognitivista y objetivista, y dejamos de lado propuestas subjetivistas, intersubjetivistas, consecuencialistas, juristicistas o teologístas voluntaristas. Esa idoneidad se visibiliza normalmente en los comportamientos y hábitos que cada uno exhibe frente a todos aquellos con los que trata frecuentemente. El decreto del Poder Ejecutivo nacional 222/2003 apunta a esa dimensión de los candidatos a la más alta magistratura, en tanto se les brinda a los que los conocen la oportunidad de poner de manifiesto comportamientos y hábitos que revelan la calidad ética exigida de los mismos. Un listado de trece principios éticos judiciales los encontramos en el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica que aprobó en el 2006 la Cumbre Judicial Iberoamericana, y ahí vemos que los jueces deben comprometerse en el ser y en el aparecer con esas exigencias que apuntan al mejor juez posible. Es obvio que si designamos un juez cobarde que no resiste presiones de los factores de poder, el criterio con el que finalmente decidirá el caso guardará relación con esa actitud vital de no correr riesgos y vivir con tranquilidad. Y en ese terreno de falta de ética, podemos imaginarnos un juez con un explícito compromiso con un cierto partido u orientación política, o que no se aparta en aquel asunto en el que conoce que están interesados amigos o parientes, o que no resiste la posibilidad de estar en los medios de comunicación, etc.

En definitiva, los derechos humanos y más allá de su valor intrínseco indiscutido, pueden llegar a ser una herramienta política poderosa en la lucha política y en el discurso público por su indeterminación y enorme carga retórica, por eso importa tanto saber en las manos de quien se la pone. Los derechos humanos metafóricamente podemos asimilarlos a un arma que puede garantizarnos el conservar nuestra mejor vida social, pero también con ella podemos ocasionar mucho daño totalmente injustificado, de ahí la relevancia que tiene atribuir esa arma a quien la usará apropiada y correctamente.

Si los derechos humanos habilitan a encontrar más de una respuesta jurídica para un caso determinado, ellos remiten a la libertad y conciencia ética del juez, por eso si pretendemos tomarnos en serio a los mismos, debemos tomarnos en serio la ética de los juristas. Advirtamos que el derecho es de mínimos y la ética de mayores exigencias

que requieren la voluntariedad del destinatario y la asunción de esas exigencias que conllevan un compromiso con la excelencia en el ser y el parecer (71).

III.16. *Los derechos humanos requieren argumentación jurídica*

Hemos propuesto la tesis que mientras la operatividad del derecho en tiempos del EDL se hacía a través de la interpretación jurídica, hoy en tiempos del EDC esa operatividad requiere del jurista que la asuma por medio de la argumentación (72). Dicha tarea remite a que la sociedad necesita del jurista para que le diga el derecho (*iuris dictio*) cuando alguien duda sobre su existencia y alcance, y esa respuesta jurídica resulta de un razonamiento en donde se van conectando lógicamente juicios, afirmaciones o premisas que permiten aquella conclusión en torno al *status* deontológico jurídico de una cierta conducta. Esas conexiones ajustadas a la lógica aportan una justificación llamada interna (Alexy), pero ella no basta para dar por justificada racional y totalmente lo concluido, atento a que se requiere que cada uno de los juicios o premisas incluidos en el razonamiento cuenten con argumentos o razones que las motiven o funden, y este trabajo de respaldar con argumentos o razones suficientes y válidas lo que el jurista va razonando, constituye la justificación externa.

El trabajo argumentativo resulta enormemente más complicado, trabajoso y creativo que el trabajo interpretativo. Mientras que este se reducía a un silogismo en el que la premisa mayor estaba en las entrañas de una norma y la premisa menor era un caso individual del genérico contemplado en aquella; en la argumentación jurídica nos enfrentamos en primer lugar al esfuerzo por conocer la verdad de los enunciados fácticos en juego de los que hablamos arriba. Pero luego, el jurista seguramente identifica para el caso que atiende, varias respuestas jurídicas disponibles en el derecho vigente y válido, algunas son explícitas (contenidas en normas) y otras están en potencia (en principios), algunas ya han sido dadas o propuestas mientras que otras son inéditas. Reiteremos que aquí aparece cierta libertad del jurista y su conciencia ética y jurídica, en tanto debe escoger una de esas respuestas, y la puede elegir buscando la mejor o prefiriendo aquella más funcional a su propio interés. Finalmente, hecha la elección debe construir el razonamiento que contará con premisas que necesitan estar respaldadas por argumentos o razones, pues de lo contrario serán afirmaciones dogmáticas que no podrán ser comprendidas y aceptadas racionalmente. El éxito de ese razonamiento depende del respeto de la lógica, pero la calidad argumentativa del profesional depende más de la variedad y peso de los argumentos o razones que el mismo esgrima en su sentencia o discurso.

Ese paso de la interpretación a la argumentación que coincide con la transformación del EDL al EDC, se refleja en que los viejos métodos interpretativos se han convertidos en argumentos. En la doctrina se han elaborado distintas nóminas de argumentos, nosotros mismos tenemos una de veintisiete argumentos (73), pero por supuesto que lo importante es reconocer esa variedad de razones que esgrimen los jueces en su sentencia, y además advertir: i) que el peso de los argumentos depende del caso (por ejemplo un argumento científico no jurídico puede ser decisivo en una demanda de filiación); ii) hay argumentos que son jurídicos en sí mismos, pero otros se convierten en jurídicos porque los usa el jurista para definir derechos y deberes (por ejemplo el argumento sociológico); iii) los argumentos sirven y se requieren para justificar premisas jurídicas y fácticas; iv) dado que el derecho no solo está en la ley ni lo hace solo el Estado, puede ser que el argumento lingüístico no remita a la ley sino al texto de un testamento en el que se discute la cláusula en la que el testador deja ese inmueble a “su hijo más querido”; v) los argumentos se usan en positivo o sea para avalar una propuesta, o en negativa

para descalificar (el argumento lógico, por ejemplo para descalificar una sentencia por incurrir en autocontradicción); etc.

Quien auspicia argumentación jurídica confía en una razón que está en condiciones de elegir y dirigir la mejor o más justa conducta, por eso no tendrá inconvenientes de reclamar la presencia operativa de los derechos humanos con su contenido moral y accesible al conocimiento humano. El problema lo tienen aquellos como Ferrajoli que admitiendo solamente los “derechos fundamentales” declarados como tales por la voluntad del poder constituyente, terminan dándole la espalda a la argumentación e insistiendo en explicaciones logicistas de la vieja interpretación, que le permiten denunciar a Guastini que el juez ferrajoliano se parece demasiado al juez de Montesquieu. En síntesis, tomarnos los derechos humanos en serio requiere de una apropiada argumentación jurídica.

III.17. *Los derechos humanos conllevan exigencias nuevas y específicas en la formación de los juristas*

En la gran mayoría de las Facultades de Derecho se ha mantenido aquella currícula que se impuso en Europa continental en el siglo XIX. Ella en definitiva se circunscribía a lograr que se conociera el derecho puesto en las leyes, o más específicamente en los Códigos; pues subyacía en ese marco que el único que “creaba” derecho era el Poder Legislativo, mientras que al Ejecutivo le correspondía “ejecutar” la ley y al Judicial aplicarla repitiéndola para un caso. De ese modo no solo se promovía una escasa atención a las otras fuentes del derecho creadas por organismos internacionales, la sociedad civil, las personas jurídicas, los órganos administrativos, las personas individuales, los tribunales, etc. En particular destacaría la grave desatención a la jurisprudencia, atento a que son los jueces quienes tienen el poder último de definir el derecho vigente y válido. Es cierto que hay Facultades que han reaccionado a aquella inercia legalista, y se han inclinado por estudiar la ley desde la jurisprudencia, pero esos casos más bien resultan una excepción en el panorama académico.

No caben dudas que esas currículas centradas en los Códigos y mantenidas imperturbables por décadas, terminan dando la espalda a temas y problemáticas, que más allá si cuentan o no con una ciencia que las estudie, son cuestiones importantes y complejas que ya tienen una atención doctrinaria y jurisprudencial amplia y destacada. Ejemplifiquemos algunas de esas realidades poco atendidas en los planes de estudio vigentes: derecho informático, derechos humanos, retórica, ética profesional, derecho penitenciario, derecho convencional, argumentación jurídica, prueba científica, diálogo racional, etc. Es probable que algunos de esos temas aparezcan en los programas de las tradicionales asignaturas del grado, pero lo que nos interesa subrayar es que ellos gozan de una amplitud e importancia que justifica tratamientos o estudios específicos de mayor amplitud y pretensión. Es cierto que las Facultades han arbitrado los cursos de posgrados para profundizar o suplir esos silencios formativos, sin embargo, nos parece que ello es manifiestamente insuficiente.

Por otro lado, la pedagogía más consolidada en nuestras Facultades pretende una formación dogmática, memorista, solipsista, universalista y acrítica. Estos vicios y también los referidos al contenido de la enseñanza, se visibilizan cuando traemos a colación todas las exigencias que hemos reseñado en este artículo. Repitámoslo que el conocimiento y capacitación para operar los derechos humanos requiere de filosofía moral, antropología, derecho comparado, ética judicial, ponderación y argumentación, precedente judicial y su cambio, verdad y premisa fáctica, diálogo racional, retórica y dialéctica, etc. Pero,

(67) TARUFFO, M., “La prueba de los hechos”, Trotta, Madrid, 2002, p. 93.

(68) UBERTIS, G., “Fatto e valore nel sistema probatorio penale”, Giuffrè, Milano, 1979, p. 75.

(69) RAMÍREZ, S., “La prudencia”, Palabra, Madrid, 1978, p. 45.

(70) TOMÁS de AQUINO, “In Ethicorum”, lect., 6, n. 1194.

(71) Cfr. mi libro “Ética y responsabilidad judicial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

zál-Culzoni, Santa Fe, 2007.

(72) Cfr. mi libro “Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

(73) Cfr. *Ibidem*, capítulo XI.

además, la enseñanza del derecho en general, y de los derechos humanos en particular, debe incluir necesariamente capacidad de mantener y eventualmente acordar en diálogos racionales, prestando atención a problemas concretos e identificando las mejores soluciones de manera creativa (“inventando” en términos ciceronianos) y persuasiva. El recurso a la jurisprudencia nacional y comparada, se constituye en un material imprescindible para conocer y capacitarse en la operatividad del derecho.

No ignoramos que la problemática de los derechos humanos es un tema relativamente nuevo y en permanente expansión, pero ya a esta altura no está justificado el interés marginal que vemos en muchas de las Facultades de Derecho. A ese reclamo sumemos la necesidad de una enseñanza mucho más dialógica, crítica-valorativa, práctica, aporética, flexible, comparada y ajustada a los diferentes modos de ser profesional del derecho.

III.18. Los derechos humanos dificultan la pre-tensión sistémica del derecho

El modelo epistemológico imperante en el siglo XIX exigía que solo ingresaban al privilegiado altar de las ciencias aquellas que lograban demostrar que habían podido configurar verdaderos sistemas con la materia que estudiaban. Precisamente se reconoce que Savigny con su obra “Sistema de derecho romano actual” logra fundar la ciencia jurídica moderna, pero ese esfuerzo alcanzará su culminación con Kelsen y su teoría pura. De mil maneras insiste el maestro austríaco en que “el derecho es un sistema dinámico de normas... Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase... es una norma válida si pertenece a un determinado ordenamiento jurídico” (74). El sistema jurídico “fuerte” finalmente cubrirá todos los requerimientos enseñados por la lógica: i) unidad: obtenida en función de que todas las normas válidas encuentran su origen en la misma y única Constitución; ii) jerarquía: la cadena de validez garantiza a la misma y la precisa desde las normas generales hasta las individuales; iii) completitud: la norma de clausura que establece que lo no prohibido está permitido, permite que todos los casos tengan una respuesta jurídica; y iv) coherencia (no es avalada por Kelsen pero hace al sistema fuerte pretendido): las antinomias se resuelven con tres criterios: jerarquía, temporalidad y especialidad.

Esa visión del derecho contenido solo en normas revela un orden claro y completo que facilita enormemente la tarea del jurista posibilitando sin demasiados problemas, la identificación de la norma donde está genéricamente el caso a resolver. Pero en la década del '50 T. Viehweg con su pequeña, pero exitosa, obra “Tópica y Jurisprudencia” (75) sustentada en las enseñanzas de Aristóteles y Cicerón arremete contra el pensamiento sistemático (*Systemdenken*) y su método axiomático-deductivo, y propone para el derecho un conocimiento basado en los problemas (*Problemdenken*) orientado a la aporía fundamental que es procurar conocer “que es lo justo aquí y ahora”. La crítica al sistematismo normativista puede sintetizarse: en primer lugar, porque distorsiona o condiciona la lectura del caso a lo previsto en el sistema, alterándolo o modificándolo para que se ajuste al mismo; y en segundo lugar, la realidad del derecho en el EDC pone de relieve

que el sistema jurídico “fuerte” no solo es irreal por incompleto (no incluye derechos humanos, principios o valores), sino absolutamente ficticio dado que sus rasgos no se constatan en el derecho actual (hay juridicidad previa a la Constitución; la jerarquía no está fijada a priori y depende del caso; hay permisiones y prohibiciones implícitas o analógicas; los principios entran en conflictos entre sí y con las normas).

Es cierto que la presencia de los derechos humanos dentro del derecho vigente y válido perturba o impide el logro de un sistema perfecto, y de ahí que la rigurosa pirámide jurídica exija su sacrificio. De todas maneras, cabe la alternativa de ordenamientos jurídicos débiles (76), abiertos, porosos, dinámicos y casuísticos que computen a los derechos humanos y posibiliten un ajuste ponderativo o prudencial de las respuestas jurídicas a tenor de los casos, exigencias axiológicas y precedentes. Resulta oportuna acudir a la propuesta de Alexy cuando identifica la dimensión estática o fotográfica del sistema jurídico (compuesta por normas y principios) junto a la dimensión dinámica o la película (la teoría establecida para operar las normas y los principios). Estimamos que la realidad confirma que cada sistema jurídico incluye definiciones dinámicas —básicamente jurisprudenciales— sobre el modo conforme al cual debe operarse el material jurídico en orden a derivar del mismo respuestas jurídicas circunstanciadas y válidas.

Kaufmann (77) categóricamente concluye que la historicidad requiere de un “sistema abierto” y este requiere de argumentación racional. Ollero en esa misma sintonía señala: “Valores, principios y normas acabarán con frecuencia combinados... Esta aparente heterogeneidad expresa un peculiar sistema... un sistema bien distinto en el que unos valores —que operarán siempre como principios como motores del ordenamiento, lleguen o no a conformarse como normas— animarán ese proceso de positivización de una concepción de la justicia en el que —mediante un continuo esfuerzo de fundamentación— toda actividad jurídica consiste” (78).

III.19. Los derechos humanos se tornan decisivos e importantes desde teorías “no positivistas”

Recordemos que la tesis mínima y central del iuspositivismo es que no hay más derecho que el establecido y reconocido como tal, de manera que cualquier contenido puede ser derecho como concluyó explícitamente Kelsen. A partir de esa tesis, Speamann coherentemente ha explicitado que desde planteos iuspositivistas los derechos humanos resultan ser edictos de tolerancia revocables. Eugenio Bulygin (79) en coherencia con sus planteos iuspositivistas estrictos, ha manifestado su desazón cognoscitiva sobre los derechos humanos atento a que ninguna realidad empírica puede conocerse que a ellos corresponda. Incluso un defensor y promotor de los derechos fundamentales como Ferrajoli, deriva en función de sus convicciones iuspositivistas que la nómima y alcance de ellos dependerán totalmente de lo que al respecto establezca una norma jurídica positiva. Más aún, será a la teoría del derecho (dentro del modelo integrado de ciencia jurídica que propone integrado por: (i) teoría del derecho, (ii) sociología jurídica, (iii) dogmática jurídica y (iv) filosofía del derecho

o de la justicia) a la que le corresponde construir con absoluta libertad el concepto de derecho humanos, los que en última instancia existen a tenor de una norma jurídica positiva. Desde esa lógica el profesor italiano rechaza la tesis alexyana de que la injusticia extrema no es derecho, y considera que es incurrir en una falacia ética buscar afuera del derecho positivo criterios para establecer su validez o invalidez, tomando distancia de los neoconstitucionalistas como Alexy, Nino o Atienza (los llama iusnaturalistas) por auspiciar principios, argumentación jurídica y por su objetivismo y cognitivismo ético.

Es obvio que, si pretendemos sostener derechos humanos desde posiciones iuspositivistas, terminamos postulando una realidad que se apoya en alguna decisión que la ha constituido como tal, y, en consecuencia, la misma fuerza o voluntad que la hizo nacer puede hacerla desaparecer o modificarla. Por el contrario, si con el nombre de derechos humanos apuntamos a una realidad indisponible que solo cabe reconocer y proyectar a nuestro tiempo y lugar, el límite o exigencias que ellos traducen resultan imposibles de ser cambiados sustancialmente y solo puede adaptárselos respetando su contenido esencial. La posibilidad de por ejemplo contar con el “derecho a la objeción de conciencia” solo tiene sentido desde planteos no iuspositivistas, dado que de lo contrario bastaría la norma positiva que lo suprime para que deje de existir. Esta comprensión “no iuspositivista” de los derechos humanos también se refleja en el lenguaje de los respectivos Tratados Internacionales, dado que —como lo ha explicado Javier Hervada (80)— aquellos apelan a una terminología propia o armónica con planteos estrictamente iusnaturalistas. Así por ejemplo constituyen manifestación evidente de ese enclema no positivista cuando se habla no de “creación” de los derechos humanos sino de su “reconocimiento”, cuando se invocan derechos humanos inherentes o universales, y, sobre todo, cuando se los declara inalienables, lo que significa que no pueden ser abolidos por ninguna voluntad, sea colectiva o individual.

Lejos estamos de suscribir posiciones que terminan sin asignarle demasiado valor a la positivización de los derechos humanos o que consideran irrelevante seguir discutiendo sobre los fundamentos de los mismos. Nos parece importante ese doble trabajo. Es que la positivización refuerza la juridicidad indisponible, y ello nunca deja de ser importante porque hay gente que los rechaza o no los ve como obvios; pero además por ese camino se visibilizan y se clarifican realidades jurídicas forzando a su estudio y análisis en términos universales y también concretos o históricos. En cuanto a la discusión sobre los fundamentos está implícita en cualquier esfuerzo por reconocer la nómima y contenidos de los derechos humanos, evitando que sean *flatus vocis* que cualquiera puede rellenar a su antojo y poner al servicio de sus intereses.

IV. Conclusión

Sin perjuicio de que algunos de los puntos aludidos resulten en algunos casos redundantes y sea posible distinguir tesis más decisivas que otras, lo cierto es que por razones pedagógicas, y aun asumiendo aquel riesgo, hemos querido

reseñar diferentes consecuencias que conlleva el reconocimiento operativo de los derechos humanos directamente sobre la actividad jurisdiccional interpretativa o argumentativa según básicamente la matriz decimonónica o legalista, e indirectamente sobre la cultura y la teoría jurídica general y funcional al modelo de Estado de Derecho vigente. La conclusión es que ese paradigma configurado en Europa a partir de la Revolución Francesa y aún presente en la cultura jurídica académica actual, es evidentemente incompatible con la presencia operativa plena o fuerte de los derechos humanos en el derecho vigente. Más aún, con los derechos humanos no solo se altera profundamente el quehacer interpretativo o aplicativo del derecho, sino que también se pone en crisis la teoría del derecho que sustentaba aquella exitosa teoría decimonónica iuspositivista.

Pero más allá de ese impacto superador que producen los derechos humanos en la teoría operativa del derecho más difundida, corresponde reconocer y asumir que ellos generan nuevos desafíos y exigencias sobre el jurista y el aparato conceptual y teórico que permite el mejor cumplimiento de su servicio profesional. La desatención a los requerimientos incluidos en lo precedentemente señalado, lejos de mejorar al derecho y al trabajo del jurista seguramente provocarán desconcierto, confusión, incoherencia, inseguridad y excesos afectando la función primaria y constitutiva del derecho que es servir al buen vivir en sociedad proveyendo justicia. Lamentablemente el panorama general no luce muy alentador, especialmente porque se mantiene una inercia académica instalada en gran parte de nuestras Facultades de Derecho que es la forjadora principal de los juristas, y por ese camino se favorece una especie de esquizofrenia en tanto que se repiten matrices superadas y en la realidad se recurren con ligereza y pragmatismo a instrumentos valiosos a los que se pone al servicio de proyectos ajenos al mejor derecho. Se requiere urgentemente una decisiva, adecuada, completa y urgente respuesta institucional, teórica y práctica que implique tomarse en serio los derechos humanos, para de ese modo posibilitar que ellos aporten a un mejor derecho, y también se dificulte un uso desbordado, meramente político y peligroso de los mismos.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2116/2021

Más información

Vigo, Rodolfo L., “Derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del estado de derecho constitucional”, LA LEY 21/07/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/3962/2020

Ortiz, Juan E.; “Michel Foucault y los aportes de una historia política de la verdad a la teoría del derecho”, DPYC 2019 (junio), 226, TR LALEY AR/DOC/758/2019

Libro recomendado

Filosofía Moral, Política y del Derecho

Autor: Farrell, Martín D.

Edición: 2020

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(74) KELSEN, H., “Teoría general del Derecho y del Estado”, UNAM, México, 1979, p. 133.

(75) VIEHWEG, T., “Tópica y Jurisprudencia”, Taurus, Madrid, 1964.

(76) Cfr. CANARIS, C.W., “El sistema en la jurisprudencia”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

(77) KAUFMANN, A., “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él” en *Las razones del derecho natu-*

ral, ob. cit., p. 246.

(78) OLLERO, A., “La eterna polémica del derecho natural” en *Las razones del derecho natural* ob. cit., p. 292.

(79) Cfr. BULYGIN, E., “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, Alicante, nº4, 1987.

(80) Cfr. HERVADA J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, *Persona y Derecho*, IX, Pamplona, 1982.

