

SECCIÓN II

EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. La búsqueda de una fundamentación filosófica	97
Panorama de la diversidad de fundamentaciones	99
2. El derecho natural y el derecho positivo	107
A. Los derechos humanos ¿se reconocen o se constituyen?	114
B. Los derechos humanos ¿se tienen o se deben tener?	116
C. El fenómeno de la simultaneidad cronológica entre el derecho natural y el derecho positivo	118
D. La juridicidad del deber ser ideal	119
3. La positividad como eficacia	121
La validez de los derechos humanos	123
4. El problema del derecho positivo injusto en relación con los derechos humanos	126
5. La recepción o positivización de los derechos humanos	127
6. Otra vez la historicidad de los derechos humanos	129
7. El sistema de valores	133
8. El objetivismo	135

SECCIÓN II

EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. LA BÚSQUEDA DE UNA FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA

Nos queda la impresión de que la casi totalidad de lo que hasta aquí hemos desarrollado converge a la búsqueda afanosa de un fundamento filosófico satisfactorio para los derechos humanos.⁵⁵ Sin embargo, la recurrencia a la cita de Bobbio⁵⁶ induce a dudar del éxito de ese empeño. Bobbio dice que no puede haber un fundamento absoluto de derechos que son históricamente relativos.⁵⁷ El problema que se nos presenta —añade— no es filosófico, sino jurídico, y en sentido más amplio, político. Para Bobbio, no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son los derechos humanos, ni cuál es su naturaleza y fundamento, o si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, y para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean violados continuamente.⁵⁸ Hay en esto mucho de verdad, pero no toda la verdad. Nosotros también apuntamos a la defensa de los derechos y a su arraigo en la vigencia sociológica del mundo jurídico, sin por eso despreciar en el discurso filosófico un fundamento que dé razón de esa misma defensa. ¿Por qué queremos que en el derecho positivo “haya” derechos del hombre? Seguramente, porque los valoramos como importantes, y si así lo creemos, ha de haber un sustento que los arraigue y les confiera dicha trascendencia. No riñe, entonces, con la imperiosa urgencia

⁵⁵ Ver Perelman. “Peut-on fonder les droits de l’homme?”, en *Droit, morale et philosophie*, Paris, 2ª ed., 1976: Cotta, S., “Le problème du fondement des droits de l’homme”, en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (I.V.R.)*, México, UNAM, 1982, vol. VI.

⁵⁶ La recia duda de Bobbio acerca de la posible fundamentación de los derechos humanos puede verse en su trabajo “L’illusion du fondement absolu”, en el volumen *Le fondement des droits de l’homme*, Firenze, 1966, p. 4.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁸ Bobbio, N., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, p. 9.

de darles efectividad y vigencia, esta búsqueda de fundamentación. La lucha por los derechos humanos hace inevitable la cuestión de su fundamento, diremos con Nicolás M. López Calera.⁵⁹ Lo que tal vez deba lograrse, para pacificar la inquietante discusión filosófica, sea una conciliación empírica: que desde una u otra postura, con uno u otro fundamento, se coincida en que el hombre es sujeto de esos derechos (¿se podría decir que el hombre es su fundamento?) y que el régimen político debe darles vigencia sociológica en un Estado democrático. Aquí se centraría el acuerdo de base, sin que fuera necesario arribar a él desde un mismo y común fundamento filosófico tan difícil de convocar unanimidades.

Podríamos hacer un desdoblamiento: ⁶⁰ a) por un lado, lo que desde hace tiempo hemos llamado la ideología "especulativa", o sea, la razón del porqué debe haber derechos humanos; y aquí la búsqueda de esa razón complica un razonamiento o discurso racional que tiene que acudir a la filosofía; en este plano, la pluralidad de fundamentaciones filosóficas puede crecer mucho, aunque los "modelos" filosóficos admitan reagruparse en pocas categorías lineales; b) pero cuando cada una de esas lineales grupales asume su propia filosofía de fundamentación de los derechos, es viable —y la experiencia (sobre todo internacional) lo demuestra— que, cualquiera sea la ideología especulativa, se coincida en una ideología "práctica" o empírica que, dentro de un Estado democrático, sirva de fundamento político-constitucional a la vigencia de los derechos humanos; a esta ideología práctica se puede llegar desde caminos diferentes, es decir, desde fundamentos disímiles de razonamiento filosófico, y no porque éstos falten o sean inaccesibles a la cognoscibilidad racional, sino porque su diversidad no empece a que los hombres aporten su consenso para que, cada cual según su razón y su porqué, y todos en común, hagan realidad la vigencia de los derechos humanos y compartan en torno de ellos una misma ideología práctica. Tal fenómeno fue muy bien destacado por Jacques Maritain,⁶¹ y no debe malinterpretarse como una apostasía filosófica.

⁵⁹ *Introducción al estudio del derecho*, Granada, 1981, p. 152.

⁶⁰ Seguimos, en lo que resume el texto, nuestro esquema ya expuesto en el libro *La re-creación del liberalismo...*, cit., p. 72.

⁶¹ "No sería fácil —escribía Maritain en 1947— pero sí sería factible, el dar con una formulación común de esas conclusiones prácticas, dicho de otro modo, de los distintos derechos reconocidos al ser humano en su existencia personal y en su existencia social. En cambio, sería completamente ocioso el buscar a esas conclusiones prácticas y a esos derechos una justificación racional común" ("Acerca

Panorama de la diversidad de fundamentaciones

Trataremos de efectuar reducciones para lograr agrupamientos. En esa tarea, nos parece que una primera fundamentación es propuesta por todas las tendencias filosóficas que acuerdan reconocer que hay una naturaleza humana,⁶² y que el hombre es hombre porque tiene esa naturaleza o esencia. Es cierto que el vocablo naturaleza es ambiguo, y multiplica acepciones filosóficas.⁶³ De todos modos, pueden resumirse en la noción propuesta por Del Vecchio, cuando alude a la idea de que el ser humano tiene "por su naturaleza" ciertos derechos valederos.⁶⁴ A tales derechos podrá llamárseles naturales, o personales, o fundamentales, o individuales, o humanos, etcétera; y podrá asimismo predicárselos como puramente morales, o como jurídicos; o decirse que "deben ser" positivizados para alcanzar la juridicidad propia de la entidad "derechos"; o que son valores (y aquí, a su vez, que sólo son valores éticos, o que a la vez son jurídicos), etcétera. Pero con una u otra postura, la base de arraigo está dada por la naturaleza humana.⁶⁵ Como se advierte, no todas estas líneas filosóficas toleran subsumirse en el modelo iusnaturalista, al menos en el clásico (con sus entronques

de la filosofía de los derechos del hombre", en la obra colectiva *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, México-Buenos Aires, 1949, p. 69).

⁶² Sobre la naturaleza humana puede repasarse la explicación de Renard en su *Introducción filosófica al estudio del derecho*, Buenos Aires, 1947, t. III, pp. 158 y ss.

⁶³ Toda apelación a "lo que es conforme a la naturaleza" y toda integración de lo que le es contrario, va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba, dice Welzel (*Derecho natural y justicia material. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1971, pp. 11 y 254). Sobre el concepto de naturaleza puede verse, entre múltiple bibliografía: Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1973, pp. 81-89; Kalinowski, Georges, "Sobre la mutabilidad del concepto de naturaleza y la inmutabilidad de la ley natural", en la obra colectiva *Los derechos humanos*, Mendoza, Argentina, 1985, pp. 97 y ss. Nos hemos ocupado del tema en el libro *Los derechos del hombre*, cit., pp. 36 y ss.; también en *Valor justicia y derecho natural*, cit., pp. 96, 120 y ss., 144, etcétera).

⁶⁴ *Persona, Estado y derecho*, Madrid, 1957, p. 349. "La naturaleza del hombre puede indicar las tendencias cuyo desarrollo es necesario favorecer en él. La naturaleza de las cosas, principalmente de las situaciones sociales en las que se encuentra el hombre, da también indicaciones sobre lo que conviene hacer para que la vida social se desarrolle y sea conveniente para los que participan en ella" (Batiffol, Henri, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 2ª ed., 1972, p. 71).

⁶⁵ Sobre "La naturaleza humana como fundamento del derecho" ver —con ese título—: Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, 8ª ed., Barcelona, 1964, pp. 509 y ss.

y diversificaciones en el estoicismo, el cristianismo, la escolástica medieval, la neoescolástica española, el iusnaturalismo racionalista, etcétera).

Las ramificaciones proliferan, y es así como la fundamentación de los derechos en la naturaleza humana puede aislarse y ensimismarse en esa misma naturaleza como esencia propia de la especie humana, o insertarse en una ontología que reconozca lo que Derisi ha titulado los fundamentos metafísicos del orden moral,⁶⁶ para creer en un orden natural objetivo y trascendente (que para el hombre es un orden moral o ético) que participa de un orden (o ley eterna al estilo de San Agustín y Santo Tomás de Aquino) abarcador de todo el universo. La naturaleza humana no sería, así, única y última fundamentación de los derechos personales, porque su raíz final o mediata arraigaría en un orden natural objetivo, manifestado en el hombre,⁶⁷ y accesible a su conocimiento a través de la recta razón, o de la racionalidad (al modo ciceroniano).

Esta última versión tipifica una importante escuela del derecho natural. Algunos hablan, para describirla, de un iusnaturalismo ontológico.⁶⁸

La teoría de los valores (sean solamente morales, o también jurídicos) muestra un sesgo que, sin desgajarse del iusnaturalismo, se ha dado en apodarar iusnaturalismo deontológico,⁶⁹ en el que el derecho natural se traduce en un complejo o plexo de valores (o, acaso, en uno solo: el valor justicia, si es que no se acepta la pluralidad de valores). Pero es bueno advertir que no toda teoría de los valores encuadra en una filiación clásicamente iusnaturalista, porque aun reconociendo el deber ser del valor, hay modelos que lo consideran puramente histórico y, por ende, relativo, bien que con exigencias derivadas del entorno temporal y cultural, no extensibles fuera de él.⁷⁰ En cual-

⁶⁶ Derisi, Octavio N., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Buenos Aires, 1941.

⁶⁷ Según Antonio Fernández-Galiano los derechos naturales del hombre serían —como derechos que ostenta la persona— un reflejo subjetivo de un orden normativo natural (*Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, 1974, p. 133).

^{68, 69} El derecho natural ontológico diría que el "ser" (natural) del derecho (natural) se constituye como "deber ser" del derecho (positivo), según feliz versión que al explicar a aquél nos da Elias Díaz (*Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, 1982, pp. 266-267).

⁷⁰ A los valores relativizados que sólo tendrían el "ser" proveniente de las valoraciones sociales, diluido en esa "manifestación" sociocultural, les es aplicable lo que, en general, sostiene Roger Verneaux cuando expone el existencialismo

quiera de sus diversidades, la teoría de los valores acepta que el derecho positivo debe adecuarse al valor, o que sólo posee esencia de derecho el derecho positivo que tiende a realizar el valor (aun cuando, acaso, no lo realice con signo positivo). Pero lo que importa subrayar es que la teoría de los valores —si es que presupone que los valores son valores para el hombre— los concibe como compatibles y satisfactorios en relación con la naturaleza humana y de alguna forma, conectados con bienes humanos que son tales porque bonifican a esa naturaleza, y a la convivencia humana.

Nos gusta recalcar el aporte iusnaturalista de Grocio, cuando con frase atrevida —y muchas veces mal interpretada— sostiene que el derecho natural existiría aunque Dios no existiera. Su afirmación no debe tomarse como atea o blasfema, sino todo lo contrario, según nos ha parecido siempre, porque, en efecto, lo que él pretende señalar es que el derecho natural arraiga con tanto vigor en la naturaleza humana, que aunque Dios no fuera el origen y la causa de ella, el derecho natural lo mismo sería lo que es, porque es el propio de aquella naturaleza.⁷¹

Pero lo que sí se hace menester tomar en cuenta es que el proceso filosófico del idealismo racionalista que empieza con Descartes y que engendra lo que cabe figurar como la pérdida (en sentido de filosofía) del mundo para el hombre, que se queda solo con sus ideas (tema tan bien propuesto por Ortega y Julián Marías),⁷² conserva el fundamento de los derechos en la naturaleza humana —y bien que lo conserva— pero lo vuelve inmanente a ella, y lo destronca del orden natural objetivo ya explicado. Es el iusnaturalismo racionalista que, fundamentalmente, ve al derecho como derecho subjetivo.⁷³

heideggeriano en torno del ser: en vez de acoger la distinción kantiana entre "ser" y "fenómeno", Heidegger dice que el ser se identifica con su manifestación, y sólo hay manifestación para nosotros; el fenómeno es el ser mismo que se manifiesta, y el ser no es otra cosa ni es más que lo que se manifiesta. (Ver: Verneaux, Roger, *Lecciones sobre existencialismo*, Buenos Aires, 1952, p. 89). En nuestro libro *Valor justa y derecho natural*, cit., ver la cuarta parte ("Replicando enfoques relativistas: el rescate del valor").

⁷¹ Hay opiniones que atribuyen a Grocio haber dado el paso del derecho natural objetivo al derecho natural subjetivo, convirtiendo al *ius* en el concepto de derecho subjetivo. (Para esto, ver Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., p. 91).

⁷² En un viejo ensayo nuestro (*El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*, Buenos Aires, 1960), habíamos esbozado la "ruptura con la trascendencia" (ver pp. 73 a 86).

⁷³ Además de la anterior nota 71, véase cómo Passerin d'Entreves alude a que la moderna teoría del iusnaturalismo racionalista ya no es una teoría del derecho

Otro fundamento luce en lo que convencionalmente se denomina el derecho "ideal", que viene a ser la "idea" racional de cómo debe ser el derecho positivo. Esta idea del derecho es vaporosa y relativa, aun cuando guarda proximidades con la teoría de los valores, pero si la idea del derecho o el ideal del derecho fuera acaso equivalente al valor justicia, éste sería en ese caso, tanto como la idea, relativo. No obstante, si la idea del derecho, o el derecho ideal, apuntan a la plenitud del desarrollo humano, es posible admitir que sigue subsistente la fundamentación de los derechos en la naturaleza del hombre.

Dejemos ahora de lado por un instante el encadenamiento de ese fundamento con la naturaleza humana, y vayamos al fundamento histórico —o historicista—. Hemos de precavernos frente a quienes cualquier uso de las expresiones "historicidad" de los derechos, o "naturaleza histórica" de los mismos, u otra análoga, puede parecerles reñida con el iusnaturalismo o con la fundamentación de los derechos en la naturaleza humana. No es así.⁷⁴ Pero lo que a partir de aquí hemos de indagar es otro tipo de historicidad; es la historicidad de los derechos que, desconectándolos de cualquier clase de fundamentación en la naturaleza, por más lejana que sea, cree que el único fundamento de los derechos —muy relativo y circunstancial, por cierto— es la aceptación histórica de los mismos: son derechos del hombre "en la historia".

Y viene al caso otra vez la diferencia: una cosa —cierta para nosotros— es decir que la "concepción" de los derechos (su filosofía, su ideología, su positivización) depende de una visión histórica, o se da históricamente, y otra muy distinta es decir que previamente y por encima de la historia no hay ningún fundamento filosófico de los derechos humanos; el único estaría configurado por la praxis histórico-social, y con ella se habría extraviado totalmente el más mínimo hilo conductor hacia la naturaleza humana y hacia los valores.

Esta pérdida nos desvía a interrumpir el tema de la fundamentación para hacer una muy breve referencia al modelo escéptico, entendido como la posición que, o bien niega todo fundamento posible a los derechos humanos, o bien, al negar que haya una naturaleza humana o

objetivo, sino de los derechos subjetivos; "el *ius naturale* del filósofo moderno no es ya la *lex naturalis* del moralista medieval ni el *ius naturale* del jurista romano" (*Derecho natural*, Madrid, 1972, p. 75).

⁷⁴ Volvemos a remitir, en general, a nuestros enfoques en los ya citados libros *La historicidad del hombre, del derecho y del Estado*, *Los derechos del hombre*, y *Valor justicia y derecho natural*.

que el hombre posea una naturaleza propia, no encuentra fuera de ella otra fundamentación.⁷⁵ Pero obsérvese que este escepticismo que destituye de fundamento a los derechos no debe identificarse con las filosofías despreciativas o infravalorativas de los derechos en su apogeo contemporáneo.⁷⁶ Las críticas a los derechos humanos no tienen que confundirse con la tesis que predica la carencia de su fundamentación.

En un nuevo plano ubicamos otro tipo de fundamento, con el que retomamos nuestro tema después del paréntesis del escepticismo. Cabe hablar de un sustento pragmático que en riguroso sentido filosófico, se reputa el único posible. No se trata de buscar lo que unas páginas antes habíamos llamado la ideología práctica, y que según decíamos no significaba eludir ni negar a las ideologías especulativas que, en pluralismo, podían conducir a ella. Ahora se trata de entender que cuando no se alcanza ninguna fundamentación filosófica (que de alguna manera sería un escepticismo "filosófico"), se obtiene una fundamentación exclusivamente empírica o pragmática. Aquí se propone una fundamentación, solamente que del tipo indicado, mientras en el modelo escéptico poco antes aludido se arrasa con todas y con cualquiera.

Pues bien, el fundamento exclusivamente pragmático ofrece dos caras; una nos muestra que él radica en la necesidad preocupante de tutelar al hombre frente al Estado y a sus semejantes para sacarlo de la indefensión y la amenaza; otra nos muestra que el sustento reside nada más que en el consenso social en torno de los derechos. Las dos caras guardan parentesco y se complementan. Procuran —en frase de Perelman— que la teoría de los derechos humanos así fundada no sea expresión de una irracionalidad arbitraria, descartando las soluciones contingentes y perfectibles presentadas por los filósofos que no podrían ofrecerse como razonables sino en la medida de su sometimiento a la aprobación del auditorio universal, constituido por el conjunto de hombres normales competentes para juzgar.⁷⁷ En similar tesitura se ubica Bobbio cuando, desechando un fundamento absoluto, descubre en el acuerdo universal de la declaración de derechos de 1948 la manifestación del consenso internacional en torno de los derechos huma-

⁷⁵ Ver: García López, Jesús, *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, 1979, pp. 13-16.

⁷⁶ Una expresión de la línea despreciativa puede verse en Villey ("Philosophie du droit", en texto traducido por Peces-Barba en su libro *Derechos fundamentales*, cit., p. 21) cuando dice que, inmensamente ambiciosos, pero indefinidos, los derechos del hombre tienen un carácter ilusorio; se ha podido decir que constituían promesas incumplidas, créditos falsos, como nuestra moneda después de la inflación.

⁷⁷ Perelman, *Peut-on fonder les droits de l'homme?*, cit.

nos: si se logró, es que los Estados participantes "han encontrado buenas razones para hacerlo".⁷⁸ En suma, estamos frente a una aceptación social por quienes participan en el discurso práctico de tipo racional, al estilo de Habermas.⁷⁹

El consenso —como expresión empírica de acuerdo— tiene la virtud de impedir el veto a los derechos humanos, pero el defecto de debilitarlos en cuanto los relativiza. De todos modos, aporta un elemento sociológico importantísimo, del que luego nos ocuparemos.⁸⁰ Pero hay que cuidar de no incurrir en una teoría consensual de la verdad, o sea, de no suponer que algo es verdadero o falso según cuente a su favor, o no, con suficiente consenso social.

Una nueva fundamentación —tal vez sin demasiada autonomía— ha sido propuesta alrededor de las necesidades humanas. Según Eusebio Fernández, la introducción del concepto de necesidades humanas aclara mucho las cosas: "los derechos humanos tienen su fundamento antropológico en la idea de necesidades humanas".⁸¹ Es elocuente un párrafo de Liborio Hierro, en el que dice que sólo podemos sostener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción en forma incondicional, cual si se tratase de un fin en sí mismo, y sólo cuando existan posibilidades de satisfacerlas, y cuando podamos imponer sobre otros los deberes correlativos según sus posibilidades; y agrega: "tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso"; tener una necesidad que el sistema jurídico exige satisfacer en todo caso.⁸² Se pliega Pérez Luño cuando escribe: "Pienso, con Norberto Bobbio, que 'el fundamento de los valores debe buscarse en las necesidades del hombre'. Toda necesidad supone una carencia: el hombre tiene necesidades en cuanto carece de determinados bienes y siente la exigencia de satisfacer esas carencias".⁸³ Estos párrafos merecen alguna acotación.

En primer lugar, no toda necesidad supone carencia de algo; el hombre que vive no carece de vida, pero necesita preservarla; el que

⁷⁸ Bobbio, "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *R.I.F.D.*, abril-junio 1985, fasc. II, Milán, 1965, y *Presente y porvenir de los derechos humanos*, cit.

⁷⁹ Ver: Massini Correas, Carlos I., "Derechos humanos y consenso", *El Derecho*, 20/III/1987.

⁸⁰ Para la crítica del consenso como fundamento de los derechos, ver: Massini Correas, artículo cit. en la nota anterior.

⁸¹ *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., pp. 78-79.

⁸² "¿Derechos humanos o necesidades? Problemas de un concepto", en *Sistema*, núm. 46, enero 1982, pp. 57 y 61.

⁸³ *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, cit., p. 181.

tiene propiedad no carece del bien del que es propietario, pero necesita disponer de él con libertad, y conservarlo. Y así otros casos. En segundo lugar, es sugestivo el enlace que Hierro formula entre derecho, necesidad, y posibilidad de satisfacción, porque un derecho requiere para ser tal que haya dos cosas: medios suficientes para abastecer la necesidad a que el derecho apunta, y que pueda atribuirse a terceros la obligación correlativa según sus posibilidades. Y pone el ejemplo: "lo que en un momento dado puede con justicia no considerarse como un derecho (por ejemplo, a ciertas prestaciones sociales) puede en otro momento afirmarse como tal, precisamente en la medida en que se considera que existen medios suficientes para, debidamente ordenados, satisfacer tales necesidades en todo caso".⁸⁴ La remisión a los medios y posibilidades, cuanto al sujeto pasivo gravado con un deber, es sagaz para despejar supuestos derechos ilusorios de ejercicio imposible o, al menos, muy difícil, sea por faltar una de aquellas dos cosas, o ambas.

Dijimos que las necesidades humanas como fundamento de los derechos no tipificaban, probablemente, uno con suficiente autonomía. Y así nos parece porque recurrir a necesidades humanas es recaer, de algún modo, en la naturaleza humana que las suscita o les da asidero. De ser así, el fundamento de las necesidades tendría que ser incluido en el conjunto que remite a aquella naturaleza.

No hemos de ocuparnos de las teorías que, con demasiado alejamiento de lo que en real sentido filosófico puede llamarse fundamento de los derechos humanos, pretenden erigir como fundamento a un factor totalmente extrajurídico, extrafilosófico, o ajeno a la antropología o a la ética. Así, no es válido decir, en sentido filosófico, que para el marxismo el fundamento de los derechos humanos (por otra parte no reconocidos como tales por él, si se toma la acepción genuina de lo que son derechos en la filosofía de los derechos humanos) radica en la infraestructura económica de la que todo lo demás (moral, ideología, política, derecho) es una superestructura determinada necesariamente por la economía.⁸⁵

Es necesario, en cambio, cerrar esta revisión con una mirada al positivismo, del que más adelante hablaremos con otra extensión. Por supuesto que el positivismo exhibe tanta proliferación de versiones y matices como el iusnaturalismo, y vuelve difícil abarcarlo en toda esa

⁸⁴ Hierro, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁵ Ver nuestro libro *Marxismo y derecho constitucional*, cit.

gama de dimensiones. Si en cambio nos referimos a lo que Peces-Barba llama el modelo positivista voluntarista, entonces corresponde dar por cierto que al decirse que "los derechos fundamentales son los que decide la voluntad del poder, aquéllos que sea cual sea su contenido se designen como derechos fundamentales"⁸⁶ se está centrando su fundamento exclusivo en el Estado, o en el derecho estatal, o en la voluntad del poder estatal (que equivale a la de los gobernantes de turno).⁸⁷ Aquí hay un empobrecimiento de suma ordinariez filosófica. Ese fundamento —transitorio, ocasional, relativo, mezquino, arbitrario— casi no funciona como tal en sentido filosófico, pese a quienes hayan sido o sean sus seguidores o sus corifeos. Aquí no hay naturaleza humana, no hay valores, no hay ética, no hay ideal de derecho, que alumbre algo tan sórdido sustento. Dice con razón Peces-Barba: "pero el poder, que puede dar normas formalmente válidas, no puede a su voluntad crear fuera del contexto e incluso con principios contradictorios, derechos fundamentales".⁸⁸ Cuando no hay —filosóficamente hablando— un techo superior a esa voluntad de poder —sea ese techo metajurídico, extrajurídico, ético, iusnaturalista, plexo de valores, etcétera— el supuesto fundamento positivista-voluntarista se vuelve raquítico.⁸⁹

⁸⁶ *Derechos fundamentales*, cit., p. 21.

⁸⁷ Sobre "los positivismos" puede verse la siempre lúcida obra de Henri Batiffol *Filosofía del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1972, cap. I, en la que dice que "el positivismo se alió instintivamente, en el siglo XIX, con la tradición voluntarista según la cual el fenómeno jurídico se reduce a los actos de voluntad de los gobernantes: el derecho positivo... es aquél que está 'puesto' por un acto de voluntad que se desarrolla en el tiempo y en el espacio..." (p. 11).

⁸⁸ *Derechos fundamentales*, cit., p. 22.

⁸⁹ Véase cómo Castán Tobefias afirma que "la escuela histórica y en general el positivismo jurídico del siglo XIX barrió la idea de esos llamados derechos innatos u originarios que nacen con la persona y competen al titular por ser persona y en cuanto lo es" (*Los derechos de la personalidad*, Madrid, 1952, p. 12). En torno de ese empobrecimiento, habría que recordar con González Vicen que el obstáculo mayor que tiene que vencer la filosofía del derecho no es tanto la vieja noción de una reflexión filosófica como derecho natural, sino las consecuencias que tiene para la conciencia jurídica el derrumbamiento de la fe en un derecho natural, lo que nos demuestra que, al menos culturalmente, la idea de que hay un derecho natural surte algunos efectos en la estimativa axiológica de los hombres y de la sociedad. (Ver, del autor: *La filosofía del derecho como concepto histórico*, cit., p. 233). Puede relacionarse con esta afirmación de Biscaretti: "La experiencia histórica, sobre todo lo más reciente, enseña, en realidad, entre otras cosas, que ningún ordenamiento jurídico jamás ha podido perdurar mucho tiempo cuando se pone en claro e irreductible contraste con los principios esenciales del derecho natural..." (Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, 1965, pp. 126-127).

2. EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO

Damos por cierto que penetramos en un terreno desgastado, donde poco o nada nuevo se puede decir, en el que las posiciones resultan difíciles de compatibilizaciones y convergencias. Hay quienes piensan que se trata de enfoques inconciliables, e irreductibles a teorías intermedias: iusnaturalismo y positivismo.⁹⁰

Con excesiva simplicidad podemos recaer en el ya expuesto tema de la fundamentación de los derechos del hombre, y reducir la pre-

⁹⁰ El diseño iusfilosófico de lo que es iusnaturalismo y de lo que es iuspositivismo no resulta fácil, y se nos ocurre que tal vez la dificultad mayor proviene del criterio que se usa para deslindar una y otra postura. ¿Basta para enlazar a una teoría en el iusnaturalismo el hecho de que ella admita una instancia superior o anterior a la positividad, aunque no le adjudique o aunque le niegue a dicha instancia una naturaleza jurídica (por ejemplo, solamente ética)? ¿O sólo será iusnaturalista la teoría que, a más de admitir esa instancia, le reconozca juridicidad? Además, y con o sin naturaleza jurídica ¿dicha instancia deberá tener una objetividad trascendente, despojada de todo ribete de relativismo, o no? Como se ve, el horizonte se abre en múltiples direcciones, que aquí no podemos abarcar. Generosamente, Massini Correias propone trazar esta frontera: una iusfilosofía es positivista si rechaza la existencia de "algún" principio suprapositivo de derecho; y es iusnaturalista si acepta la existencia de "algún" principio (por mínimo que sea) no positivo de derecho ("Iusnaturalismo y derechos humanos", *El Derecho*, 30/IX/1987). Otra dicotomía diferente puede verse en: Hernández Marín, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporáneo*, Madrid, 1986. Sobre las concepciones iusnaturalistas, ver: Díaz, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, 1982, pp. 262 y ss.; y sobre iusnaturalismo, positivismo jurídico y filosofía del derecho, *id.*, pp. 286 y ss. Asimismo sobre iusnaturalismo y positivismo: Passo, Guido, "Che cosa intendiamo con 'diritto naturale'?", en la obra colectiva *Scritti vari di filosofia del diritto raccolti per l'inaugurazione della biblioteca Giorgio del Vecchio*, Milán, 1961; Passerin d'Entrèves, A., *La dottrina del diritto naturale*, 2^a ed., Milán, 1962; Arnaud, Andre Jean, *Il positivismo giuridico*, Turin, 1960-1961; González Vicén, F., "El positivismo en la filosofía del derecho contemporáneo", *Revista de Estudios Políticos*, núms. 51 y 52, Madrid; del mismo autor: "Sobre el positivismo jurídico", separata del libro-homenaje al profesor Giménez Fernández, Sevilla, 1967; Recaséns Siches, Luis, *Iusnaturalismos actuales comparados*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1970; Rodríguez Paniagua, José María, *Hacia una concepción amplia del derecho natural*, Madrid, 1970; Corts Grau, José, *Curso de derecho natural*, Madrid, 1953; Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, 1965; Truyol y Serra, Antonio, "Derecho natural", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, publicado en separata como *Fundamentos de derecho natural*, Barcelona, 1954. Ver: Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1965; Serrano Villafañe, Emilio, *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Madrid, 1967; Soaje Ramos, Guido, "Diferentes concepciones del derecho natural", *Ethos*, núms. 10/11, Buenos Aires, 1982-1983. Una obra clásica, sobre un iusnaturalismo hoy superado, es la de Cathrein V., *Filosofía del derecho. El derecho natural y el positivo*, Madrid, 1958. Sobre "El derecho natural y la persona humana", ver: Kalinowski, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, parte II, 6, Buenos Aires, 1982.

gunta a la siguiente antinomia: ¿el último fundamento de esos derechos está en el Estado, o fuera del Estado?

Son muchísimos los filósofos que, sin enrolarse en ninguna de las versiones iusnaturalistas, se apresuran a contestar que ese fundamento está fuera del Estado. ¿Dónde?

Aquí aparecen las divergencias, ya esbozadas en el acápite anterior; los iusnaturalistas no hallan dificultad en situarlo en el derecho natural ontológico, en el llamado orden natural, o hasta en el orbe de los valores. Todos ellos comulgan en una doctrina común: el fundamento está fuera del Estado, y es jurídico.

Los que claramente, o dudosamente, no son iusnaturalistas —al menos en el estilo clásico— recurren a fundamentos fuera del Estado, de diverso tipo; ese fundamento puede ser la ética, o la naturaleza del hombre en un sentido subjetivista e inmanente, o una idea de derecho, o los valores históricamente relativizados y hasta —quizás— un derecho natural deontológico.

Los inconvenientes acrecen cuando se toma conciencia de que, si difícil y multívoca es la acepción "derecho",⁹¹ mucho más lo es cuando se enreda en la discusión filosófica en torno de la naturalidad y la positividad.⁹² La pluralidad de definiciones intentadas es paralela a la ambigüedad del término "derecho natural".⁹³ Por algo José Luis L. Aranguren dice que el derecho natural ni es estrictamente natural

⁹¹ "La clientela de la filosofía jurídica no está constituida por un solo discurso acerca del derecho... que se satisface mediante la reconstrucción de un aparato conceptual unitario, sino por una pluralidad de puntos de vista frente al derecho que requieren de distintos sistemas de conceptos" (Nino, Carlos S., "Los conceptos de derecho", en *Crítica*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, UNAM, 1981, vol. XIII, núm. 38).

⁹² Fernández Sabaté dice que "una doctrina es jusnaturalista cuando postula la existencia de una fuente jurídica anterior a la palabra del legislador humano, cualquiera que fuese dicha fuente y aunque no quiera reconocerse como jusnaturalista" (*Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1984, p. 328). Podríamos sugerir —a la inversa— que positivista es toda filosofía que considera justo a lo que está de acuerdo con la norma establecida positivamente, e injusto lo contrario. (Para esto, ver Jovenel, Bertrand de, *La soberanía*, Madrid, 1957, p. 270. (Ver la nota 90).

⁹³ Ver: Pérez Luño, "El derecho natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje", en los Estudios en honor del profesor Corts Grau, *Filosofía y derecho*, Universidad de Valencia, 1977, vol. II, pp. 187 y ss. Un interesante desarrollo de la doctrina del derecho natural puede verse en Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, en la parte dedicada a la filosofía del derecho (libro primero, tercera parte, pp. 343 y ss., y 531 y ss.), ed. Madrid-México-Buenos Aires-Pamplona, 1967. Sobre derecho natural puede verse el t. III de la clásica *Introducción filosófica al estudio del derecho*, de Georges Renard, Buenos Aires, 1947.

(dado por la naturaleza) ni es estrictamente derecho (positivo).⁹⁴ Pero la cuestión no ha de asustarnos ni escandalizarnos si aceptamos el uso de los analogados. Por otra parte, el iusnaturalismo —al distinguir el derecho natural del positivo— sabe bien de antemano que uno y otro no son lo mismo, y que el empleo de un sustantivo común para ambos sólo pretende destacar la juridicidad de los dos. Además, aun cuando el llamado derecho natural sea capaz de suministrar aplicación directa a casos no previstos ni normados en el derecho positivo,⁹⁵ ningún iusnaturalista niega (todo lo contrario) que el derecho natural necesita del positivo para su vigencia,⁹⁶ en tanto el primero sólo proporciona criterios o pautas generales, dejando —por otro lado— una vasta serie de cuestiones en terreno de neutralidad para que el derecho positivo las atrape según mejor le parezca y convenga a las circunstancias.

Dentro del tema preciso de los derechos humanos, tampoco habrá iusnaturalista alguno que, al hacer su defensa y su reivindicación, deje de reconocer que si esos derechos, por provenir del derecho natural, exhiben una alta alcurnia, exigen —y necesitan— positivizarse con igual dignidad y reforzarse en un ordenamiento jurídico de origen humano.⁹⁷ Lo que algún iusnaturalismo extremo dirá es que si el dere-

⁹⁴ *Ética y política*, Madrid, 1968, p. 43.

⁹⁵ Para el derecho como arsenal de soluciones, ver nuestro libro *Valor justicia y derecho natural*, cit., p. 110 y su nota 16, con la remisión a Goldschmidt.

⁹⁶ "No puede haber un derecho natural que se quede en puro estado de proyecto, ni en mera norma mental, ni en simple decisión volitiva; tiene que hacerse palabra primero y obra después" (Fernández Sabaté, Edgardo, *Filosofía del derecho*, cit., p. 336). Es poco serio considerar al derecho natural como derecho positivo —al modo de Cathrein—; y Legaz y Lacambra se encarga de refutarlo, cuando habla de confusión de cosas. "Un derecho vigente es un derecho positivo, es decir, un derecho que no es sólo 'natural'. Pues si sólo es natural, no es 'vigente...'" (*Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, p. 297). Para la fenomenización concreta como una exigencia del mismo derecho natural, y para su destino a convertirse en derecho positivo, ver nuestro libro "Los derechos del hombre", cit., p. 57, con la cita de Edgardo Fernández Sabaté en *Los grados del saber jurídico*, Universidad Nacional de Tucumán, 1980, p. 49.

⁹⁷ Cuando incursionamos sobre presupuestos, condiciones, marcos, factores, etcétera, que predisponen u obstaculizan a los derechos, se hace notorio que, si es menester la concurrencia operativamente propicia de todo ese cúmulo de elementos fácticos, materiales e inmateriales, es porque hace falta algo para que "haya" realmente derechos humanos en la vigencia sociológica del mundo jurídico, y porque no habiendo ese algo, se vuelve difícil o imposible que "haya" tales derechos. Esto muestra que no los hay hasta que encarnan en la realidad de aquel mundo. ¿Quién, por más iusnaturalista que sea, puede negar esto? Entonces, hay que repetir que lo que "hay" fuera y sobre la positividad, es un "deber ser ideal" de que "haya" derechos en la positividad; pero para que los "haya" en ese "haber" positivo no

cho positivo se opone al derecho natural no sea, si es injusto— no será real ni esencialmente derecho. Pero eso ya es otra cosa, que no integra necesariamente el núcleo común de todos los iusnaturalismos.⁹⁸

Pero no vale proseguir con la contraposición de escuelas, ni con las críticas recíprocas entre unas y otras.⁹⁹

El problema se oscurece cuando, en la indagación histórica, se tropieza con el dato cierto, innegable, y sociológicamente verificable, de que el descubrimiento explícito de los derechos del hombre, su formulación normativa, y su recepción positiva, son hechos históricos que registran su época de aparición, su curso progresivo, su desarrollo y ampliación, su variabilidad, su dependencia del entorno temporal, espacial, cultural, etcétera. Pero ello no es motivo de alarma porque, por un lado, también hay una escuela del derecho natural de contenido variable,¹⁰⁰ y por el otro, la “de-velación” del derecho natural (o del

basta lo supra o extrapositivo; se torna indispensable la convergencia de elementos provenientes del propio mundo de los hombres (en lo social, en lo cultural, en lo material, en lo político, etcétera), y del derecho positivo, que es, en cuanto mundo jurídico, también humano.

⁹⁸ Para una expresión del iusnaturalismo que niega al derecho injusto la naturaleza de derecho, ver —en Argentina— el clásico libro de Tomás D. Casares, *La justicia y el derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, 1974. Nuestra personal aceptación de que el derecho injusto es “derecho” puede verse, por ejemplo, en el libro *Valor justicia y derecho natural*, cit., pp. 151 y ss.; también pp. 113-115. No aceptamos definir el mínimo común denominador de los iusnaturalismos con la afirmación de que “el derecho positivo no es derecho si es contrario al derecho natural” (o sea, si es injusto), porque muchos iusnaturalismos aceptan que el derecho injusto es derecho (tesis a la que adherimos); tampoco con la afirmación de que el derecho positivo no es válido si se opone al derecho natural (pese a que personalmente compartimos esta última noción), porque hay iusnaturalismos que arraigan la validez del derecho positivo fuera del derecho natural. Asimismo, no quedan fuera del iusnaturalismo las doctrinas que, reconociendo algún principio superior al derecho positivo, niegan la juridicidad de ese principio, reconociéndole otra naturaleza no jurídica (por ejemplo, ética solamente). El derecho natural “deontológico” como sistema de valores (aunque se diga que sólo son valores éticos) encuadra en el iusnaturalismo.

⁹⁹ Ver, por ejemplo, la disputa entre Fernández Galiano y Peces-Barba; el primero, en *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, Madrid, vol. I, 1974, p. 151; y el segundo en *Derechos fundamentales*, cit., p. 28, nota 20. (Ver nuestro apéndice “Algo sobre positivismo” en nuestro libro *Valor justicia y derecho natural*, cit., p. 204).

¹⁰⁰ Dice Renard que el derecho natural es la justicia asociada a las contingencias de cada medio histórico; el derecho natural es la respuesta de la justicia a las exigencias del medio histórico, es la justicia encarnada en la serie de sus realizaciones históricas; es, pues, constante y móvil; constante en su principio, se diversifica en sus desarrollos (*L'institution*, Paris, 1933, p. 58). Tomando la cita, Graneris comenta que tendremos así un derecho natural de contenido ni fijo ni variable, sino de contenido progresivo, o quizá mejor: de base fija con aplicaciones

valor justicia) es cuestión del conocimiento humano,¹⁰¹ y su realización es obra de cultura humana.¹⁰² Precisamente, tanto el descubrimiento y el conocimiento racionales cuanto la recepción en la positividad pertenecen al orbe cultural —y por ende, humano, mutable, imperfecto, finito, limitado— en que se sitúa el derecho positivo (o mundo jurídico) como fenómeno existencial. En otro sentido, quienes hablan de derecho natural y quienes —en sinonimia— hablan de valor justicia, sostienen que ni uno ni otro son autoejecutorios, o sea, ninguno se realiza por sí solo ni por sí mismo, sino mediante el hacer y el obrar del hombre. Allí radica, precisamente, el deber ser (ideal, en la teoría de los valores) o el “ser” del derecho natural (o valor justicia), que por ser un deber ser ideal, es un ser valente y exigente, que vale por sí (y subsiste) y que exige su encarnadura positiva.

Nos damos cuenta que el punto de fricción está dado por la reticencia de quienes, fundamentando los derechos humanos “fuera” del Estado y de la positividad, niegan a ese algo que está “fuera” la esencia de la juridicidad (será ética, será la naturaleza humana, será la idea de derecho, será el valor historizado relativamente), frente a quienes el mismo “fuera” posee naturaleza jurídica. El punto de contacto, en cambio, está dado por la coincidencia de que el derecho positivo debe “positivar” como derechos humanos eso que, con tal nombre, tiene su fundamento “fuera” de la positividad. Con esta intersección, es más fácil entenderse.

Por supuesto, aquí no concluye la cuestión, porque si es muy bueno compartir la noción de que el fundamento está fuera del Estado, ya no lo es tanto predicar que la juridicidad de los derechos humanos —fundamentados fuera de la positividad— aparece únicamente cuando el derecho positivo les confiere recepción. Y no lo es porque entonces se traza una frontera separativa en la naturaleza de lo que está fuera del derecho positivo (el fundamento de los derechos) y lo que está

variables (*Contribución tomista a la filosofía del derecho*, cit., p. 103). Para nuestra adhesión al derecho natural de contenido progresivo o variable, como expresión de su realización histórico-temporal, ver, por ejemplo, nuestro libro *Los derechos del hombre*, cit., pp. 71 y ss.

¹⁰¹ Para el elemento ontológico y el elemento gnoseológico del derecho natural, ver: Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, 1952, pp. 103-113.

¹⁰² Messner afronta la inmutabilidad de la ley natural (en cuanto la naturaleza humana no cambia) y su mutabilidad, esta última enlazada con dos cosas: el desarrollo cultural y el progreso de la razón humana en todos los dominios del conocimiento, por un lado; y por el otro, el cambio de las circunstancias que, al aplicar los mismos principios, conduce a resultados diferentes (*Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, cit., pp. 124-127).

dentro del derecho positivo (los derechos realmente "jurídicos"). El nexo entre el fuera y el dentro se hace más sólido cuando, pese a la distinción entre uno y otro, se concibe que ambos participan de la esencia de lo jurídico, cada cual a su modo. Si todo derecho es estatal, todo el derecho es positivo,¹⁰³ y el derecho es exclusivamente positivo, afirmaciones que condujeron a Kelsen a la ecuación "derecho es igual a Estado". Aunque por fuera y por encima quede acaso la ética, o un sustitutivo del derecho natural, la reserva pierde fuerza. Así nos parece.

En otras palabras, es mejor decir que lo justo (y lo justo es jurídico por referirse al valor justicia, que encabeza el plexo de los valores jurídicos) se halla fuera del arbitrio del Estado, y que lo justo es el derecho natural con otro nombre. Derecho natural es igual a aquello que es justo en sí y por sí, dice Emil Brunner,¹⁰⁴ aunque hay exigencias de justicia que no se han convertido en derecho estatal; por eso, justicia es más que derecho positivo.¹⁰⁵ La pre-estatalidad y la extra-estatalidad del fundamento de los derechos hace conveniente juridizar tal fundamento, sea en el derecho natural, sea en el valor (jurídico) que llamamos justicia (siempre que no lo destituyamos de su objetividad trascendente en un relativismo diluido en la historia o en las valoraciones subjetivas).¹⁰⁶ El panorama completo se dibuja, pues, de la siguiente manera: exigencia jurídica (por derecho natural o por el deber ser ideal del valor justicia) respecto al fundamento de los derechos, "más" positivización en la dimensión sociológica del mundo jurídico (derecho positivo) y —acaso— en la dimensión normativa del mismo.¹⁰⁷

Acaso sea útil recalcar en lo que podría verse como una postura ecléctica o intermedia en la disyuntiva derecho natural-positivismo jurídico, a la que alude José Delgado Pinto: sigue siendo necesaria

¹⁰³ Conf.: Del Vecchio, *Persona, Estado y derecho*, cit., pp. 364-365.

¹⁰⁴ Citado por Recaséns Siches en *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, t. II, p. 773.

¹⁰⁵ La cita es de Recaséns y remite a Brunner (*op. cit.*, t. II, p. 794).

¹⁰⁶ Dice Welzel que sólo la ética material de Max Scheler y de Nicolai Hartmann ha realizado un esfuerzo decidido para la reconquista de una esfera axiológica material absoluta, y comenta que los valores constituyen un reino objetivo, existente de por sí, a lo largo del cual discurre la mirada histórica, creando así la apariencia de una relatividad de los valores, mientras que, en realidad, se trata sólo de una relatividad de nuestra conciencia valorativa (Welzel, Hans, *Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1957, p. 234).

¹⁰⁷ Ver: Pérez Luño: "Delimitación conceptual de los derechos humanos", en *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema* (obra colectiva), cit., p. 46.

la función de mantener viva la conciencia de ciertos valores o principios de justicia cuya validez se halla sustraída al arbitrio del poder político (función que ayer cumplió el iusnaturalismo), pero a su vez tal función tiene que ser asumida hoy y defendida por otras teorías que estén exentas de los inconvenientes que hacen inaceptable el derecho natural en sentido estricto.¹⁰⁸

Es, pues, bastante con que el tema de los derechos humanos se aborde sobre el plano axiológico y no sobre el de los puros hechos o del derecho positivo simplemente, tal como así lo propone Enrique P. Haba,¹⁰⁹ pero recomendamos asignar a ese plano axiológico la entidad de lo jurídico, proveniente del derecho natural o del valor justicia en la forma que venimos sugiriendo.

Es, aproximadamente, el punto de vista de Battaglia:

La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su cualidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a éste.¹¹⁰

Lo mismo Crawford B. Macpherson cuando dice que cualquier doctrina de los derechos humanos ha de constituir, en cierto sentido, una doctrina de los derechos naturales.

Sólo pueden concebirse los derechos humanos en cuanto especie del derecho natural en el sentido de que deben deducirse de la naturaleza del hombre en cuanto tal. . . Decir esto implica sencillamente reconocer que ni los derechos legales, ni los derechos reconocidos por la costumbre, constituyen fundamento suficiente para los derechos humanos.¹¹¹

Cobran relieve estas opiniones frente a otras que, sin merecer menosprecio, entienden que antes y sobre el derecho positivo sólo hay

¹⁰⁸ Delgado Pinto, *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, pp. 16-17.

¹⁰⁹ "Droits de l'homme, libertés individuelles et rationalité juridiques (Quelques remarques méthodologiques)", *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25, *La loi*, París, 1980, p. 333.

¹¹⁰ "Declaraciones de derechos", en su volumen *Estudios de teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966, p. 175.

¹¹¹ "Los derechos naturales en Hobbes y en Locke", *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, 1965, núm. 5, p. 191.

—por ejemplo en Austin— reglas de la moralidad positiva que influyen en el derecho, pero que no son derecho. Postular a los valores jurídicos como simples valores éticos, o representárselos como meros criterios sociales de moralidad, tiene menos envergadura que las opiniones antes transcritas.¹¹² Conviene apegar los valores a la ética, a la naturaleza humana, y hasta al plan divino —como lo recomienda John Finnis—¹¹³ pero por sobre todo reconocerles entidad jurídica propia: son valores jurídicos. Es un modo de depurar, al menos parcialmente, las ambigüedades y discrepancias en torno de lo que son los derechos.

A. *Los derechos humanos ¿se reconocen o se constituyen?*

Es innegable que hay un tramo y un tránsito entre y desde los derechos humanos tal como los concibe la filosofía jurídica en el plano del derecho natural, o de los valores, o de la ética, y su positivización —es decir, su ingreso al derecho positivo—. Y que ese tramo debe ser recorrido, y ese tránsito impelido, es también verdad, y necesidad práctica.

La cuestión filosófica es otra: cuando un orden de normas plasma los derechos en una declaración, y cuando la dimensión sociológica confiere vigencia (sociológica) a los derechos, la incorporación de éstos a una realidad sensible (sea la del puro orden normativo sin vigencia sociológica, sea la de su vigencia sociológica, con o sin normas formuladas por escrito) hace preguntarse: ¿qué es lo que hay en ese ingreso: reconocimiento de derechos, u otorgamiento de derechos? El carácter declarativo de constatación, o el carácter constitutivo, no son lo mismo. El primero significa que "hay" derechos antes del reconocimiento; el segundo, que surgen y nacen cuando el derecho positivo los recoge en su seno. Y que los "hay" antes no siempre quiere decir lo mismo, porque hemos expuesto con suficiente amplitud que esa anterioridad (o ese estar el fundamento fuera de la positividad y del Estado) admite pluralidad de interpretaciones: estar antes puede ser: estar en el orbe de la ética, o de la naturaleza humana, o del derecho natural, o de los valores, o de las valoraciones sociales, etcétera, para que después de ese antes, y en concordancia con lo que éste exige, el derecho positivo lleve a cabo sus correspondencias.

¹¹² Remitimos a lo dicho al tratar los llamados derechos "morales".

¹¹³ *Natural law and natural rights*, Oxford, 1980, pp. 409-410.

Pero también aquí se llega a un punto de conflicto difícil de resolver. Si lo que en filosofía llamamos derechos humanos no son real y esencialmente derechos hasta que ingresan a la positividad, se hace casi inevitable reconocer que el derecho positivo tiene para ellos carácter constitutivo, porque antes son otra cosa distinta, una cosa no jurídica, una cosa que no es todavía derecho. Es claro que el conflicto se quiere a veces eludir (cuando no se acepta que el fundamento fuera de la positividad tiene naturaleza jurídica) diciéndose que el derecho positivo no reviste carácter constitutivo de los derechos humanos porque, al ingresarlos a su orbe, debe necesariamente asignarles el contenido material de la fuente o del fundamento no jurídicos pero legitimadores.¹¹⁴ Y eso es bastante.

En cambio, el positivismo voluntarista a que antes habíamos hecho rápida alusión, no puede menos que desembocar en el carácter constitutivo de la positivización de los derechos, sin tener margen filosófico alguno para remitir el contenido material de tal positivización a un fuera, o a una instancia previa de legitimación. Por supuesto que con enrolarnos en la tesis de que la positivización carece de naturaleza constitutiva, y únicamente traduce un reconocimiento de algo superior y anterior, no dirimimos toda la cuestión, porque queda un residuo importante, ya sugerido. Y es éste: como no hay duda que la instancia previa (o el fundamento) de los derechos que se incorporan a la positividad es una exigencia (ética, o jurídica) cuyo deber ser ideal precisa de los hombres (en su conocimiento y en su realización), cuando los hombres imprimen positividad a los derechos están haciendo simultáneamente dos operaciones: "reconociendo" aquella instancia previa de deber ser, y en seguimiento de la misma "constituyendo" en positivos a los derechos que, hasta ese momento, realmente no eran positivos (por más que sean naturales, o morales). Es claro que el reconocimiento prevalece sobre lo constitutivo, pero lo constitutivo hace falta. Tal vez, pudiera esquivarse el uso del vocablo constitutivo, y sustituirlo diciendo más o menos esto: el ingreso de los derechos a la positividad es un reconocimiento de los mismos en su fuente o fundamento legitimadores, que a la vez significa darle vigencia sociológica en el mundo jurídico (derecho positivo).

En lenguaje iusnaturalista, hay que traducir la idea a esta otra: el derecho natural se trasvasa al derecho positivo porque con éste y a través de éste ingresa a la dimensión sociológica del mundo jurídico

¹¹⁴ Ver: Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984, p. 50.

(positivización del derecho natural), y el derecho positivo retiene la naturalidad de los derechos humanos porque da encarnadura al deber ser ideal del valor justicia, o derecho natural (naturalidad del derecho positivo).

El contacto recíproco entre derecho natural y derecho positivo permite esclarecer lo que en el segundo hay de reconocimiento tanto como de carácter constitutivo de los derechos, ya que la fase de reconocimiento es la positivización o recepción de los derechos naturales del hombre en el mundo jurídico, y la fase constitutiva —sin separarse en lo real de la otra— implica “constituir” (o transformar) en derechos positivos a los que, previamente, el deber ser ideal del valor exige como debidos a la persona humana.

B. *Los derechos humanos ¿se tienen o se deben tener?*

El lenguaje puede confundir los conceptos que anidan en la pregunta del título. ¿El hombre “tiene” los derechos por virtud del derecho natural, o los “debe tener” por exigencia suya?

A lo mejor el interrogante está mal planteado, o mal expresado, si es que se supone que el derecho natural o el valor justicia adjudican por sí solos y por sí mismos los derechos al hombre. En la filosofía de Goldschmidt, eso equivaldría a sostener —indebidamente— que el valor es autoejecutorio y que lleva a cabo los “repartos” benéficos a los que, normativamente, describimos como “derechos” del hombre. Y no es así. Ni el derecho natural —ni su equivalente, el valor justicia— realizan repartos; los repartos los ejecutan los hombres, ya dentro de la positividad, dentro del mundo jurídico; y los realizan con justicia o con injusticia, o sencillamente, a veces, no los realizan. Si yo pago un salario ínfimo, llevo a cabo un reparto en relación con el trabajador que es mi dependiente, pero lo llevo a cabo con injusticia; y si directamente no le pago su salario, omito el reparto justo. Ni en un caso ni en el otro el valor va a llevar a cabo por sí el reparto, o sea, el valor no le adjudicará su salario al trabajador; pero en todos los supuestos ese valor exigirá de mí —que soy su empleador— que se lo abone con justicia, y esa exigencia ideal será y permanecerá siempre independiente del reparto, e incólume en su deber ser, sea que yo realice el reparto con justicia o con injusticia, o que no lo realice.

Hemos tomado el ejemplo de un derecho: el derecho al salario justo; podríamos tomar cada uno de los otros derechos, y la conclusión sería

idéntica. Entonces: ¿tengo mis derechos en virtud del derecho natural, o los debo tener?

Si con locución ecléctica queremos contestar rotundamente, decimos que lo que "tengo" en mérito al derecho natural es un "deber tener" mis derechos. Simplificando, optamos por decir que los debo tener; pero ese deber tenerlos tiene toda la fuerza inductora de la valencia y la exigencia del deber ser ideal del valor, al que los hombres tienen que convertirlo en derecho positivo mediante los repartos benéficos dentro de la dimensión sociológica del mundo jurídico. No se trata de una "idea" o ideal subjetivos de cada quien; se trata de la objetividad trascendente de un valor que no tiene que confundirse con nuestras valoraciones, aun cuando sean éstas las que en ciertos casos —por deficiencia u error— no acierten a conferir realización al valor con signo positivo. Y aun cuando acierten, siempre darán lugar a realizaciones imperfectas, limitadas, finitas, porque son producto del obrar humano, que en modo alguno es capaz de agotar con perfección y plenitud la capacidad valiosa del valor puro o ideal.

Otra cosa parcialmente distinta es la que con anterioridad propusimos en torno de los derechos en que "se está" y de los derechos en que "no se está" pero "se debe estar" (o se tiene derecho a estar). Aquí, el estar y el deber estar no son equivalentes, sin más, al tener y deber tener. Más bien, miramos ya la cuestión en el orbe de la positividad; en ella, el sujeto "está" en un derecho suyo cuando éste le ha sido ya reconocido y adjudicado positivamente en seguimiento al deber ser ideal del valor (derecho que, por supuesto, debe serle mantenido y respetado); al contrario, dentro de la misma positividad, decimos que un sujeto "no está" en un derecho en el que "debe estar" cuando: a) todavía el derecho positivo no ha dado recepción a lo que el valor justicia exige respecto de determinado derecho natural (por ejemplo, si hay ausencia de repartos justos en relación con el pago del salario); b) el derecho positivo contiene en su orden normativo una norma que reconoce un derecho, pero éste se encuentra bloqueado o sin posibilidad de ejercicio en la dimensión sociológica (por ejemplo, si una Constitución consigna el derecho a prestaciones de salud, pero el Estado no habilita centros de asistencia médica para personas carentes de recursos). En el caso del inciso a) no se ha producido el ingreso del derecho natural al mundo jurídico, y el deber ser ideal no ha alcanzado el acompañamiento ejecutorio en la positividad, pero mantiene su exigencia; en el caso del inciso b), se ha cumplido un primer tramo con la normatividad seguidora del deber ser ideal, pero la norma está tra-

bada en su posibilidad de aplicación, y hace falta que el derecho (natural) reconocido en esa norma (en la dimensión normológica del mundo jurídico) cuente con posibilidades de ejercicio (en la dimensión sociológica) para que el titular tenga acceso a su disfrute efectivo.

En todo el transcurso de este acápite advertimos la vocación direccional que muestra el derecho natural o valor justicia hacia su ingreso a la positividad, al mundo jurídico, y su punto de contacto con éste, tanto cuando la recepción es fructífera (realización del valor con signo positivo) como cuando existe el vacío de la disvaliosidad (signo negativo por falta de recepción).

C. *El fenómeno de la simultaneidad cronológica entre el derecho natural y el derecho positivo*

Recordemos que el derecho natural o valor justicia no opera por sí mismo, sino a través del obrar humano. Recordemos que el derecho natural o valor justicia necesita del derecho positivo, es decir, precisa descender al mundo jurídico desde su deber ser ideal y entrar en la positividad (debe haber repartos justos realizados por hombres). Si no hubiera hombres, no habría ni derecho natural, ni exigencias dirigidas a los hombres. Pues bien, ¿qué queremos decir al aludir a esta simultaneidad o sincronía entre derecho natural y derecho positivo?

Queremos decir que por virtud del derecho natural o valor justicia sólo "hay" —en la plenitud de sentido del verbo haber— derechos humanos cuando en el mundo jurídico se confiere vigencia sociológica a cada uno de los llamados derechos naturales o, en otras palabras, cuando la positividad proporciona recepción eficaz, en reciprocidad justa, a lo que el deber ser ideal del valor exige para cada uno de esos denominados derechos naturales del hombre. La mancomunidad de derecho positivo y derecho natural autoriza a hablar de una simultaneidad o correspondencia cronológica (al mismo tiempo) entre cada uno de los derechos naturales y cada uno de sus recíprocos derechos positivos. Tal simultaneidad sólo existe cuando concurre la vigencia sociológica. Diríamos que entonces cada derecho humano positivizado se superpone a cada derecho natural, y que la filosofía y la ideología de los derechos humanos han plasmado en el derecho positivo y han tenido ingreso y recepción en él.

Y como ese es el destino vocacional del derecho natural o valor justicia, cuando se cumple hablamos de simultaneidad o sincronía entre él y la positividad. Si hay fallas, acusamos la situación como lo que

Hartmann llama el deber ser actual, que denota una disvaliosidad en el mundo jurídico, y que lleva a personalizar un deber de actuar (para remediar la falla) en todo aquel que, en un momento determinado, se encuentra en condiciones de posibilidad de superar la misma disvaliosidad para revertir las cosas y realizar el valor justicia (con signo positivo).

D. *La juridicidad del deber ser ideal*

Hemos hecho referencia a las teorías que fincan en la ética el fundamento de los derechos humanos y, por conexión, a todas las que, de un modo u otro, lo sitúan en una órbita prejurídica, metajurídica, o extrajurídica. En contraposición, con uno u otro nombre, nosotros hablamos de orden natural, derecho natural, valores, y les asignamos la esencia y la calidad de lo jurídico.¹¹⁵

Puede creerse que si el fenómeno jurídico —o la juridicidad— sólo existe en la positividad, y que todo lo previo o anterior carece de juridicidad, es porque a eso previo o anterior le falta algún elemento esencial o constitutivo de la juridicidad.

Si ese elemento es la coacción, o la coercibilidad, lo descartamos, porque negamos que ellas sean esenciales al derecho. En el mundo jurídico (derecho positivo) hay casos en que la coercibilidad falta, o no es necesario acudir a ella porque se da la obediencia y el funcionamiento más o menos espontáneos (o sea, sin coacción ni amenaza de ella).¹¹⁶

La suprapositividad destituida de juridicidad, y como puro criterio de valoración moral del derecho o de legitimación del derecho positivo (aun cuando sea denominada derecho natural "deontológico"), suele ser vista como no jurídica porque únicamente determina el carácter de obligación del derecho y señala su medida,¹¹⁷ en vez de reputársela

¹¹⁵ Legaz y Lacambra dice que no se puede negar en absoluto el derecho natural, ni es lícito reducirlo todo el a reglas morales de conducta; la verdad del derecho natural es lo que llamamos —agrega— "idea del derecho", es decir, idea de la justicia (*Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1947, p. 413).

¹¹⁶ Véase, como posición intermedia, la de Bobbio, cuando explica que la sanción organizada como elemento constitutivo del derecho no se refiere a las normas individualmente consideradas, sino al orden jurídico en su totalidad (*Teoría della norma giuridica*, Turín, 1958, p. 207). Coincide Elías Díaz (*Sociología y filosofía del derecho*, cit., pp. 29-30), quien, por otra parte, rechaza la idea —por nosotros aceptada— de que el cumplimiento espontáneo de las normas jurídicas en la mayor parte de los casos, desmiente que la coacción sea un elemento típico del derecho (p. 29).

¹¹⁷ Ver: Passerin d'Entreves, "El derecho natural", en la obra colectiva *Crítica del derecho natural*, Madrid, 1966, pp. 197-198.

como una traducción en términos jurídicos de los valores morales, o como verdadero conjunto de principios jurídicos que subordinan al derecho positivo y que lo legitiman.¹¹⁸ Seguramente, la carencia de juridicidad se imagina tal por la ausencia de coactividad o coercibilidad, o de alguna nota propia del derecho positivo (por ejemplo, la normatividad) (recuérdese que para nosotros, ni el derecho natural ni su equivalente, el valor justicia, pueden considerarse normativos o definirse como conjunto de normas, porque la norma jurídica es privativa del derecho positivo). Pero reflexionemos lo siguiente: las normas jurídicas que el derecho positivo formula por escrito tampoco llevan en sí la garantía de su eficacia y aplicación; precisamente, la diferencia entre la dimensión normativa del mundo jurídico y la dimensión sociológica radica en que la primera (en la que hay nada más que normas) sólo muestra su vigencia normológica, pero a la positividad le hace falta la vigencia sociológica a través de conductas humanas que coincidan con lo que aquellas normas describen. Y para que esto ocurra hay que movilizar una serie de factores —políticos, culturales, económicos, sociales, técnico-jurídicos, etcétera, según los casos—. Es decir, que ya no es posible incurrir en la ingenua creencia en la fuerza estructuradora de la norma, que daba por cierto que la realidad iba a adecuarse a la norma dócilmente, tan sólo por la propia fuerza motriz de la misma norma.¹¹⁹ Este idealismo racionalista ha perdido crédito.

Pues bien, si las normas jurídicas, propias del derecho positivo, son ellas mismas impotentes para asegurar su observancia, su funcionamiento, su aplicación, su vigencia sociológica, y no obstante nadie les niega juridicidad, ¿qué tiene de extraño que la valencia exigente del valor justicia, o derecho natural, aunque sin carácter normativo, tampoco asegure que los hombres le presten ejecutoriedad a través de sus conductas en el mundo jurídico? Todos los iusfilósofos predicán la violabilidad del derecho positivo, o sea, la alternativa de que una norma jurídica sea cumplida o sea violada por el hombre; y aunque acaso algunos introduzcan aquí el elemento de la coactividad o coercibilidad para obtener el cumplimiento malogrado, tienen que reconocer que la posibilidad opcional de que la norma sea acatada o transgredida no se diferencia de la similar que tiene el derecho natural o valor justicia

¹¹⁸ Ver: Passerin d'Entreves, *Derecho natural*, Madrid, 1972, pp. 150 y ss:

¹¹⁹ Ver las lúcidas y siempre elocuentes explicaciones de García Pelayo cuando expone —dentro de las tipologías constitucionales— el concepto racional-normativo y la crisis de la legalidad, en su *Derecho constitucional comparado*, 5ª ed., Madrid, 1959, pp. 34 y ss., y 67 y ss.

frente a las conductas humanas en el mundo jurídico, donde es viable que encontremos valiosidad y disvaliosidad, es decir, justicia e injusticia. También estas injusticias pueden alcanzar remedio —mediante recurso al valor— si un órgano estatal obliga a repararlas, y la coacción empleada en tal supuesto no difiere de la que usa el mismo órgano cuando se ha conculcado una norma jurídica (positiva). (Piénsese en un tribunal judicial que ante la carencia de una norma que prevea el reajuste de deudas en épocas de inflación, resuelve que pagar el importe dinerario entregado por el acreedor en igual cifra nominal que la recibida por el deudor, es injusto porque no se reintegra el mismo valor económico, y entonces obliga a devolver la suma actualizada que considera justa para restablecer el equilibrio de las prestaciones a causa de la depreciación monetaria. ¿No se habría aquí dado aplicación coactiva a una exigencia del valor justicia, traspolando la juridicidad de éste a la positividad del mundo jurídico? Nosotros decimos, rotundamente, que sí.)

Advertimos con suficiente claridad que el derecho denominado positivo —o, más bien, las normas del orden normológico escrito— pueden frustrarse y caer en la inercia de los textos y el papel. La atención que se presta a la costumbre contra legem, a la desuetudo, a la ineficacia, etcétera, prueban lo dicho. No es de extrañar que el derecho natural o valor justicia, sin declinar su valencia y su exigencia, no siempre logre ingresar a la positividad. En los dos casos, el hombre reacio hace su opción; en uno, incumple la norma jurídica; en otro, no da encarnadura positiva al valor. Pero así como la norma formulada por escrito persiste en el orden normativo con vigencia normológica mientras no es retirada formalmente de él, pese a su falta de vigencia sociológica, así la juridicidad del derecho natural o valor justicia no queda desmentida por la falta de recepción en la positividad.

3. LA POSITIVIDAD COMO EFICACIA

Si importante resulta la filosofía de los derechos humanos, y todo el perimetro que hay que recorrer para encontrarles fundamento en la filosofía del derecho y, por encima, en la ética, tal trabajo racional carece de sentido si no desemboca en un efecto práctico, cual es el de lograr que los derechos cobren vigencia sociológica en la positividad.¹²⁰

¹²⁰ Sobre "la positividad del derecho", ver —con ese título— el cap. XVI de la *Filosofía del derecho* de Edgardo Fernández Sabaté, Buenos Aires, 1984. García:

Ya hemos anoticiado brevemente —en la medida indispensable para nuestro tema— que la positividad o actualidad del derecho (en tiempo presente, aquí y ahora) equivale a la vigencia sociológica que se emplaza en el orden de conductas (o sociológico) del mundo jurídico, por lo que la mera formulación escrita de normas jurídicas en el orden normativo no es equiparable a derecho positivo; un derecho es positivo cuando vige, cuando funciona, cuando se aplica, cuando es eficaz.

La eficacia del sistema normativo —enseña García Máynez— es un elemento (constitutivo, añadiríamos nosotros) del orden jurídico concreto.¹²¹ “El derecho como orden concreto sólo puede existir cuando los destinatarios de su sistema normativo ajustan normalmente su conducta a las prescripciones en vigor”.¹²² Cuando se habla de orden normativo como conjunto de normas —comenta el citado autor— “orden” quiere decir reglas constitucionales del criterio ordenador; pero cuando se habla de la situación creada por el cumplimiento de esas reglas (preceptos que regulan la conducta) orden normativo ya va a ser igual al resultado del proceso de ordenación (y entonces ya no designa al conjunto de normas).¹²³

A tal orden concreto, como resultado, lo hacemos equivalente a la positividad, al derecho positivo, a la vigencia sociológica. Por eso el tema de los derechos humanos y el derecho de los derechos humanos nos conducen a una toma de conciencia: no basta formular o escribir normas jurídicas de reconocimiento, porque lo fundamental (y fundamental para la filosofía del derecho y para el derecho de los derechos humanos) es que se alcance la cima de su vigencia sociológica, de su positividad: que se tenga acceso efectivo a su disfrute, a su goce, a su ejercicio por parte de todos los hombres.

El tránsito a este logro es difícil, es obra de cultura que demanda esfuerzo y perseverancia. Es lucha por el derecho, parafraseando a Ihering. En ella, múltiples factores pueden ser coadyuvantes, y hay que reforzarlos y vigorizarlos en todos los campos desde donde pueden aportar insumos provechosos al sistema político democrático. Pero lo que no podemos perder de vista es que el “derecho” de los derechos humanos no será derecho positivo hasta tanto obtenga vigencia sociológica, que es como decir eficacia actual, en tiempo presente.

Pelayo es rotundo cuando afirma que “la norma sólo tiene vigencia jurídica cuando está incorporada a una conducta real” (*Derecho constitucional comparado*, cit. p. 63).

¹²¹, ¹²² García Máynez, *Filosofía del derecho*, cit., p. 21.

¹²³ *Ibidem*, pp. 26-27.

La validez de los derechos humanos

Es necesario entrar a este subtema con una aclaración de nuestro vocabulario, para desentrañar a qué apuntamos con la palabra validez.¹²⁴

Al valor justicia o derecho natural le adjudicamos la "valencia", y por eso hemos hablado de su deber ser ideal "valente" (y exigente). El valor vale, según lo enseñó Goldschmidt.

Al derecho positivo se lo puede predicar, según el caso, como válido, o sea, adjudicarle "validez". El vocablo validez queda reservado, entonces, para el derecho positivo válido. Pero desde ya prestemos atención a una cosa: para que haya validez, tiene que haber derecho positivo, es decir, derecho vigente sociológicamente, derecho eficaz; si no hay vigencia sociológica, no hay positividad, y si no hay positividad, falta el sustrato jurídico (derecho positivo) para predicar la cualidad de validez. Si no hay sustantivo (derecho positivo) no hay adjetivo (válido); si no existe la realidad mentada por el sustantivo, no puede existir el calificativo que, adjetivado, lo califica. (Faltando la validez por no existir el derecho positivo, tendremos únicamente la "valencia" del valor, que siempre exigirá la positividad).

Ahora bien, ¿cuándo el derecho positivo es válido? ¿Lo es únicamente por ser vigente, por estar "puesto"? No. Y aquí acude otra discrepancia personal con algunas posturas iusfilosóficas que atribuyen la validez a la imposición por el poder, a la formalidad del origen, etcétera.

Hagamos una pequeña pausa y digamos que para la validez del derecho positivo hay una fuente —que podría llamarse de legitimación—; tal fuente es el valor justicia; el derecho positivo es válido cuando es justo (pero no intranquilemos a nadie, porque admitimos que puede haber un derecho positivo injusto, que sigue siendo derecho positivo —vigente, pero inválido—). Cuando el derecho positivo no es justo, no es válido, sino inválido, aunque vigente.

¹²⁴ Véase nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I, pp. 44-45; antes, ya habíamos enfocado la validez (siempre en su necesaria relación con la vigencia) en nuestra *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1969, cap. IX. La idea de que sólo es válido el derecho justo, pero el injusto también es derecho, y si, además, tiene vigencia, es derecho positivo (injusto), puede ya vincularse con la afirmación de Legaz y Lacambra en el sentido de que el derecho positivo es verdadero derecho, pero no es "derecho justo" más que si su ideología que le sirve de base realiza la idea objetiva de la justicia (*Horizontes del pensamiento jurídico*, cit., p. 413).

El último hontanar de reenvío para la validez es el valor justicia, pero intermediado. ¿Por qué, y cómo? Por su adecuación a la Constitución del Estado (presuponiendo que ésta sea también justa), lo que significa varias cosas: *a*) que el primer campo de aterrizaje del valor justicia opera en el derecho constitucional, y desde él irradia al resto del orden jurídico infraconstitucional; *b*) que a partir de la Constitución, el mundo jurídico debe situar las normas de su orden normativo y las conductas de su orden sociológico en estratos jerárquicamente escalonados (subordinantes y subordinados) en cuanto a forma de producción jurídica y a contenido de la misma. Ello quiere decir que cuando dentro de ese mundo jurídico se producen desajustes en el procedimiento creador o en el contenido de aquella misma producción, no hay validez, aunque acaso la producción sea intrínsecamente o materialmente justa por su adecuación al valor puro. Y esto porque damos por cierto en filosofía jurídica que ese valor puro exige que el derecho positivo, en su mecanismo creador y en su contenido, mantenga fidelidad a la Constitución que es su fundamento positivo. Ello, porque el valor puro exige la coherencia unitaria de todo sistema u orden jurídico concreto.

La validez, entonces, queda doblemente encadenada; primero, a los condicionamientos emergentes de la Constitución del Estado y, a través de la Constitución (siempre presupuesta su justicia), al valor justicia en sentido material o puro, es decir, a su deber ser ideal.

Pero resta agregar algo, en conexión con la primera advertencia, y es que para que haya validez tiene que haber positividad. Esto se traduce así a lenguaje iusfilosófico: un mínimo de vigencia es requisito para la validez. Entonces: ¿la vigencia (sociológica) es la fuente o el origen de la validez del derecho positivo? ¿En qué viene a quedar el valor justicia como fuente última? Esta fuente última no decae ni se sustituye; lo que acontece es que la vigencia es condición —pero no fuente— de la validez.

En otros términos, nos lo dice García Máynez: la eficacia es *conditio sine qua non* de la validez, aunque no es *conditio per quam*,¹²⁵ lo que se completa cuando enseña que la eficacia de un orden no es índice de su valor.¹²⁶ Para la validez, él afirma que lo que define a las posiciones iusnaturalistas es “el aserto de que el derecho vale. . . no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera

¹²⁵ *Filosofía del derecho*, cit., p. 14.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 21.

de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínseca de su contenido".¹²⁷ Si el supuesto de validez está más allá de la ley —dice Passerin d'Entreves— ésa es una proposición de derecho natural.¹²⁸

Hay distancia bastante con Bobbio, para quien la validez de la última norma fundamental es su eficacia, o el poder que ella establece en cuanto resulta obedecido efectivamente.¹²⁹

Agotadas someramente estas ideas preliminares, vamos a la validez de los derechos humanos. Ante todo, si éstos recalán en el derecho natural o valor justicia, hay que decir que estamos ante la "valencia" propia del valor, esta vez referida a los derechos del hombre; y de ahí en más, si entramos a la positividad, el comentario se alarga. Sinteticémoslo así: a) cuando la Constitución del Estado reconoce —explícita o implícitamente— los derechos humanos, concuerda con el valor justicia; b) tanto el derecho constitucional como el infraconstitucional gozan de validez por participar del deber ser ideal del valor justicia, pero el derecho infraconstitucional, para ser válido, tiene que someterse al constitucional en cuanto a forma de producción jurídica y a contenido de la misma; c) el derecho positivo de los derechos humanos mantiene su validez (conforme a lo dicho en los incisos a) y b) precedentes) mientras es positivo, o sea, vigente y eficaz; d) cuando su vigencia sociológica se eclipsa, ya no hay positividad que preste sustento a la validez que, como dijimos, es cualidad del derecho positivo y requiere, como *conditio sine qua non*, de un mínimo de vigencia; e) extraviada la vigencia, y con ella la validez del derecho positivo de los derechos humanos, éstos no tienen ya ni vigencia ni validez (dentro del derecho positivo, o sea, no están "puestos" en él porque no vigen), pero el valor justicia o derecho natural (cuya "valencia" subsiste incólume) los sigue exigiendo como debidos desde el deber ser ideal del valor.

Si en el orden normativo formulado por escrito hay una declaración o un reconocimiento de los derechos personales, y desaparece la validez por haberse extinguido su vigencia sociológica, hay que decir —desde nuestra personal perspectiva— que las normas escritas subsisten en el orden normativo con vigencia normológica, y que pese a carecer de vigencia sociológica (y por ende de validez) pueden recobrar —y deben recobrar— esa vigencia sociológica, y con ella la validez, porque no habiendo desaparecido la normatividad escrita del mundo

¹²⁷ *Ibidem*, p. 506.

¹²⁸ *Derecho natural*, cit., p. 141.

¹²⁹ *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980, p. 313.

jurídico, existe el deber de asignarle vigencia sociológica. (Por ende, en el caso mencionado, más que hablar de "derogación" de la normativa escrita por pérdida de vigencia sociológica, nos gusta hablar de pérdida de dicha vigencia, y de mantenimiento de la vigencia normológica).

Tal es nuestra sucinta perspectiva iusfilosófica sobre el tema.

4. EL PROBLEMA DEL DERECHO POSITIVO INJUSTO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

Admitimos —y lo decimos muy dogmáticamente— la posible existencia de un derecho positivo injusto, o sea, sin validez, pero con vigencia sociológica. ¿Qué ocurre en tal caso con los derechos humanos?

Pues que: a) hay un derecho positivo (vigente sociológicamente, pero sin validez por infracción al valor justicia) que no reconoce, ni ampara, ni promueve los derechos del hombre; b) ese derecho es, por ello, injusto, pero a la vez positivo (vigente y eficaz), y c) queda el recurso de la estimativa para acudir al deber ser ideal del valor y criticar a ese derecho positivo como injusto, tanto como, a la vez, para que el valor (que vale, que orienta, y que valora) impela a convertir el derecho injusto en derecho justo, con reconocimiento, protección y promoción de esos derechos humanos destituidos de positividad: hay que hacerlos ingresar a ésta mediante la vigencia sociológica.

Hay otra opinión, disidente con la que acogemos, por parte de todos cuantos afirman enfáticamente que un orden jurídico (positivo) que es injusto no es derecho.¹³⁰ ¿Y qué es? Se dice que perversión del derecho. Pero si es derecho pervertido, es derecho. ¿Qué habría sido si no derecho (injusto) el orden jurídico de la Alemania nacional-socialista? Si dijéramos que en él no hubo derecho porque lo que había como perversión de él no era derecho por ser injusto, ¿qué es lo que daba organización, estructura, existencia y vigencia al régimen de Hitler? Si es verdad que no hay ningún Estado sin Constitución (en sentido material y real, como modo concreto de existencia jurídica y de funcionamiento de las instituciones políticas) no es serio —al menos desde una filosofía del derecho constitucional— sostener que Alemania nazi

¹³⁰ Conf.: De Castro, Federico, *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, parte general, I, Madrid, 1955, p. 37. Reiteramos la cita ya hecha en nota 98 del libro de Tomás D. Casares, *La justicia y el derecho*.

carecía de derecho.¹³¹ Lo que hay que decir es que el que tenía era injusto, pero no válido, aunque sí vigente; y tan vigente que en su aplicación y funcionamiento se produjo el genocidio hebreo y el arrasamiento de los disidentes con el nazismo.

La descalificación invalidante y denigrante que se propone con la afirmación de que el llamado "derecho" injusto no es derecho, aspira a traducir un severo juicio estimativo, que se logra igualmente con nuestra idea —compartida por muchos otros— de que hay derecho injusto que no pierde su naturaleza ontológica de derecho por ser injusto, sólo que le negamos ser válido.

Viene bien una cita de Hart: ¿por qué —se pregunta— es mejor pensar "esto no es derecho en ningún sentido", en lugar de "esto es derecho pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado"? La idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver su problema de obediencia, es más probable que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre los que piensan que nunca algo inicuo puede tener *status* de derecho, dice Hart.¹³²

Nos basta, entonces, con reiterar que allí donde no rigen (sociológicamente) los derechos humanos (con independencia de que haya o no normas escritas que los reconocen) el derecho positivo es injusto por no dar recepción al valor justicia o derecho natural que señala a tales derechos como debidos al hombre, y por ser injusto es inválido: el derecho positivo que no reconoce, ni tutela, ni promueve los derechos humanos, carece de validez, pero es vigente.

5. LA RECEPCIÓN O POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las nociones anteriores nos facilitan y abrevian el desarrollo de este rubro.

¿Cuándo y cómo ingresan los derechos humanos a la positividad? La pregunta da margen para respuestas negativas y afirmativas. No ingresan por el mero hecho de que se formulen normas escritas de reconocimiento; las declaraciones de derechos son un tramo, pero hay

¹³¹ Nos hemos ocupado de "El derecho injusto de los Estados totalitarios" en nuestro libro *Valor justicia y derecho natural*, cit., p. 212, donde comenzamos remitiendo al libro de Recaséns Siches titulado *Introducción al estudio del derecho*, México, 1970.

¹³² *El concepto de derecho*, México, 1980, pp. 259-260.

que recorrerlo hasta el final, y el final es la encarnadura de esas normas en la dimensión sociológica del mundo jurídico. Ingresan cuando alcanzan —con o sin normas escritas declarativas o reconocedoras— vigencia sociológica en la misma dimensión del mundo jurídico. Allí aparece la positivización, o sea, allí cabe decir, en lenguaje iusfilosófico, que en el derecho positivo (vigente) “hay” o rigen los derechos humanos, porque los hombres tienen acceso a ellos, los pueden ejercer, gozar, y disfrutar, disponen de vías tutelares, y conviven en un sistema efectivamente democrático.

Lo expuesto no implica infravalorar a las normas escritas de reconocimiento, muy especialmente si se hallan insertas en una Constitución formal (o codificada) que reviste supremacía y que está abroquelada en un sistema de control suficiente que permite invalidar las violaciones. También si, con o sin jerarquía supraconstitucional, concurre el derecho internacional a través de pactos o tratados a reforzar la tutela de los derechos dentro de la jurisdicción interna con el suplemento de la jurisdicción internacional. Pero como ya sabemos que las normas escritas no tienen en sí mismas y por sí solas toda la fuerza necesaria para lograr eficacia, preferimos decir que lo fundamental radica en que, aun a falta de tales normas, los derechos humanos gocen de vigencia sociológica.

La pura normatividad escrita, cuando no se ve acompañada y seguida de vigencia sociológica, puede a veces servir más de descrédito y burla, que de utilidad para los derechos. Con todo, no es del todo ocioso formular los derechos en normas escritas, si éstas cuentan con un rango eminente en el sistema normativo, porque de ese modo se vuelve viable su invocación —sobre todo en sede jurisdiccional— para lograr el resultado de una aplicación e interpretación que proporcionen vigencia sociológica a los derechos, o que reparen las violaciones, o los repongan, etcétera.

Por otra parte, la proliferación y la costumbre de declarar solemnemente los derechos —sea en constituciones, sea en tratados internacionales, sea en leyes— cumplen una función docente y difusiva, cuando menos respecto de la filosofía de los derechos humanos, cooperando a propagar la convicción de que son importantes, de que merecen amparo y promoción, y de que requieren incorporarse a la positividad. Cuanta mayor jerarquía revista la normatividad declarativa, mejor.

Quede, entonces, como conclusión la de que declarar o reconocer en normas escritas a los derechos no es igual a positivizarlos o darles ingreso al derecho positivo. La recepción efectiva se produce sólo cuan-

do, con o sin normas de aquella índole, la dimensión sociológica del mundo jurídico refleja la incorporación a la positividad.

Resta algún comentario adicional, ya insinuado desde el principio, y es éste: para que podamos dar por cumplidos todos los "iter" de los derechos humanos, hasta alcanzar y reconocer su positivización, hay que partir de la ya recordada filosofía de los derechos humanos, que traza el contorno y asigna el lineamiento de contenido para la ideología de los derechos y para su positivización. No cualquiera positividad satisface a aquella filosofía, ni cualquier rótulo normativo sirve para filiar a una positividad como recepción de los derechos humanos. Es menester una estimativa y una axiología emparentadas con todo el espectro de nociones explicadas acerca de la persona humana, de su dignidad, de la libertad y, en síntesis, del Estado democrático. Desde esa perspectiva, coincidente con los criterios que despliega el valor justicia, podremos valorar si una positividad, y cada positividad, es coherente —salvadas las peculiaridades culturales de cada sistema jurídico— con el canon objetivo de la filosofía de los derechos humanos.

6. OTRA VEZ LA HISTORICIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La salvedad introducida al párrafo anterior nos autoriza a retomar el tema de la variabilidad histórica de los derechos. Hay que recapitular —pero sólo con una remisión recordatoria— lo ya dicho sobre la universalidad, intemporalidad, absolutez, inmutabilidad, de los derechos, y despojar al derecho natural o valor justicia de las rigideces que pueden hacerlo objeto de escarnio iusfilosófico.

Recaséns Siches explica que no cabe establecer como algo absolutamente justo, para todos los tiempos y lugares, un precepto jurídico con contenido concreto, en el que se hallen reflejados elementos de carácter particular. Un derecho natural que contenga la regulación de afanes humanos concretos, es decir, que formule reglas con contenido, no puede de ninguna manera tener validez para todos los tiempos y pueblos, añade.¹³³ A su manera, Sánchez de la Torre se aproxima a Recaséns cuando escribe que "el modo de realizarse la coexistencia humana temporaliza las ideas universales de un orden social, se fija en una historia, en un ambiente, en el contorno de una civilización".¹³⁴ La inserción de los valores propios de los derechos

¹³³ *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, cit., t. I, p. 60.

¹³⁴ *Curso de sociología del derecho*, Madrid, 1965, p. 275.

humanos en la positividad es histórica, y se contagia de todos los ingredientes fácticos que provienen de múltiples factores (cultural, social, religioso, económico), cada uno de los cuales participa de la temporalidad situacional (época) y del lugar donde interactúa (espacio geográfico). Lo que Peces-Barba ha puesto bajo el nombre de su "modelo dualista" participa de esta perspectiva: hay un primer nivel, de los valores de los derechos fundamentales, cuyo concepto histórico no deja de ser objetivo y autónomo (que es el propio de la filosofía de esos derechos), y hay un segundo nivel, que el citado autor identifica con el de la positivización, y que coloca en el plano de las normas jurídicas (que es el propio del derecho de los derechos humanos).¹³⁵ Lo "fundamentalmente humano" —dice López Calera—, varía según las épocas y el mismo progreso social, y además los contenidos particulares de un derecho humano varían también según las circunstancias.¹³⁶ Esto no implica necesariamente caer en un relativismo, sino conectar las exigencias de la naturaleza humana (según el valor justicia en su deber ser ideal) con la historia, como alguna vez anterior hemos ya procurado hacerlo.¹³⁷

No hay que confundir esta visión historicista de los derechos con la tesis que coloca a la historia como fundamento filosófico de los mismos. El fundamento no está en la historia, no es la historia, no está en lo contingente y mudadizo; pero el fundamento supra y extrahistórico impregna de historicidad a los derechos porque es ese mismo fundamento el que presta razón para que los derechos se sitúen, se temporalicen, se pretendan, se representen, se conciban, y se positivicen en la historia. Si el derecho natural o valor justicia está convocado a realizarse en un ambiente social y para unos hombres "situados" que conviven en él, dentro de una circunstancia espacial y temporal, no puede menos de aceptarse que esa realización del valor justicia o derecho natural (y en particular, de los derechos de la persona) tiene que ser y "es" histórica, transcurre en la historia, comparte todos los elementos con que se vive y se hace históricamente la vida individual de cada hombre concreto, y la vida en común de todos los que participen de una misma comunidad. La idea, la imagen, la representación de que hay derechos, y de lo que ellos son, transita el proceso histó-

¹³⁵ *Derechos fundamentales*, cit., pp. 24 y ss.

¹³⁶ *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 155.

¹³⁷ Volvemos a reiterar nuestras citas: *La historicidad del hombre, del derecho y del Estado*; *Los derechos del hombre*; *Valor justicia y derecho natural*; *Derecho natural y derecho constitucional*.

rico (histórico por humano) de descubrimiento, conocimiento, y realización del valor puro, que por tener esencialmente el ya apuntado sentido direccional hacia los hombres, depende en su realización de posibilidades e imposibilidades derivadas de la etapa de develamiento y de recepción social.¹³⁸ Y volvemos a decir que esto no despoja al valor de su objetividad trascendente y absoluta, porque —para el hombre— el valor no es valor ni el valor vale sino a condición de que el mismo hombre lo descubra y lo realice; el valor es y vale por sí solo y por sí mismo, pero vale para el hombre, y éste quien tiene que conocer su valencia —primero— para luego, en la medida limitada de sus posibilidades, ingresarlo a la encarnadura del mundo jurídico con signo positivo. Y tales tramos son históricos. Si así no fuera, el derecho positivo dispondría de muy estrecho margen para evolucionar, cambiar, transformarse, progresar, perfeccionarse, volverse más justo. De no admitirse esto, se echa por tierra lo que todo iusnaturalista —aun el más clásicamente ortodoxo— da por cierto: que el derecho natural necesita del derecho positivo para su funcionamiento y aplicación en el mundo jurídico-político. Si lo necesita, es porque dispone de permeabilidad y elasticidad para asumir los requerimientos históricamente situacionales del derecho positivo, en un aquí y ahora que es, natural y esencialmente, variable y rítmico.

Conviene precisar que si, de algún modo, hablar de los derechos humanos remite a la naturaleza del hombre y a sus necesidades —como ya lo vimos—¹³⁹ esa naturaleza y esas necesidades se manifiestan, existencializan y temporalizan en cada hombre concreto e individual,¹⁴⁰ y en la convivencia que grupalmente comparte con los otros hombres, iguales a él, en “su” sociedad, históricamente situada, y comprometida con su circunstancia. De ahí que las satisfacciones a aquella naturaleza individualizada en hombres concretos, y a sus correspondientes necesidades, vayan demandando atención en cada lugar y tiempo, siempre desde las exigencias del deber ser ideal del valor,

¹³⁸ Sin renegar del objetivismo iusnaturalista en cuanto al fundamento de los derechos humanos, señalamos como cierto que el fenómeno histórico de su plasmación en la positividad tuvo y tiene, en línea progresiva ascendente, su aparición, ubicación, y desarrollo, en el tiempo y en el espacio. Pero que sea un hecho empírico no desmiente que su “razón” responda a un fundamento que está más allá y por encima de la positividad en que se manifiesta.

¹³⁹ Sobre nuestra adhesión a la tesis afirmativa de que el hombre tiene una naturaleza, ver nuestro libro *Valor justicia y derecho natural*, cit., pp. 144 y ss.

¹⁴⁰ Para nuestra tesis de que la naturaleza humana no es formalmente constitutiva del orden natural (que reside en la ordenación hacia la causa final), pero sí es manifestativa, ver nuestro libro *Valor justicia y derecho natural*, cit., pp. 130-132.

pero de un valor que está destinado a realizarse en beneficio de hombres concretos y no abstractos, para la plenitud de su desarrollo. Que las variabilidades sean mayores o menores según cada uno de los derechos que se ponga en consideración, es ya algo distinto. Pero siempre sigue siendo verdad lo que hace muchos años reflexionaba Jean Dabin: "¿Es necesario añadir que la lista de los bienes y valores susceptibles de pertenencia, bien natural, bien artificial, está en constante evolución y que se amplía sin cesar?" Y contestando, da tres causas de tal movilidad; primero, los progresos de la civilización material que han hecho aparecer nuevas especies de bienes y, por consiguiente, nuevas especies de derechos (y da como ejemplo la radiofonía, la telegrafía sin hilos, y la aviación; de la época en que Dabin escribía esto a hoy podría agregarse la televisión y las comunicaciones vía satélite); segundo, una conciencia más aguda ha hecho descubrir pertenencias insospechadas o no señaladas en otros tiempos (y da como ejemplo el "descubrimiento" del derecho moral del artista, y los derechos económicos y sociales de las constituciones, recientes cuando él los mencionaba); tercero, la misma técnica de la regla jurídica puede progresar (en un perfeccionamiento de los instrumentos, en la definición de los conceptos, de los medios de prueba y de coacción, permitiendo captar y medir mejor ciertas pertenencias más sutiles y delicadas).¹⁴¹

Diríamos que el destino que el derecho natural o valor justicia les traza a los derechos humanos hacia la positivización está encadenado a la historicidad, porque el derecho positivo siempre es histórico, como el hombre, como su vida, como la sociedad, como el Estado. La naturalidad de los derechos se traslada históricamente a la positividad, en aquella simultaneidad o sincronía a que antes aludimos, y la positividad recoge históricamente a la naturalidad. No se trata de "des-naturalizar" (o vaciar de esencia) a los derechos, ni de echar a un lado el objetivismo del derecho natural o valor justicia, pero sí de reconocer las fluctuaciones que, por su propia entidad, admite y requiere cuando se encarna históricamente en la positividad. Seguramente, es en el campo del ingreso y recepción en la positividad —más que en la esencia misma de los derechos— donde es necio negar su plasticidad y permeabilidad históricas. Pero volvemos a reiterar la salvedad de que habrá que atender a cada derecho en concreto, y a cada caso también concreto y particular, para interpretar qué margen de elasticidad his-

¹⁴¹ *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, pp. 107-108.

tórica ofrece ese derecho; no será igual, por ejemplo, el que encontremos en el derecho a la vida, que el que encontremos en el derecho a la libre expresión o a la seguridad social.

Por fin, vuelve la vieja idea escolástica: el derecho natural crece por adición, pero no disminuye por sustracción. La historicidad de los derechos, o el derecho natural de contenido progresivo —y hasta variable— no convalidan retrocesos; superada la esclavitud, no podríamos regresar a ella; alcanzados los derechos sociales y económicos, no podríamos quedarnos únicamente con los viejos derechos clásicamente denominados civiles; reconocida ampliamente —hasta en la doctrina social de la Iglesia— la libertad religiosa, no podríamos restaurar la Inquisición.

7. EL SISTEMA DE VALORES

Aquí no corresponde hacer disquisiciones filosóficas acerca del valor puro y de su deber ser ideal, sino de eso que se llama el "sistema" de valores y que, por supuesto, es un fenómeno social. Al tema hemos de retornar cuando tratemos los aspectos sociológicos de los derechos humanos, pero ahora queremos efectuar algún comentario desde la perspectiva filosófica que ofrece el citado sistema de valores.

Cualquiera sea la estimativa que pueda recaer sobre un determinado sistema de valores, no hay duda que éste influye en el derecho de los derechos humanos, a veces favorablemente, y otras perjudicialmente. La filosofía de los derechos humanos tal como la hemos presentado gira en torno de un sistema de valores propicio, pero que si se recluye en el sector reducido de la cultura propia de los intelectuales o de los filósofos, sin acompañamiento social y sin adhesiones provenientes del consenso predominante en la sociedad, seguramente no llega a dar el siguiente paso hacia la ideología de los derechos humanos y su positivización.

Por ahora no importa que los valores propios de un sistema sean reputados como exclusivamente éticos, con tal que el sistema opere eficazmente. Es claro que, desde nuestro punto de vista, cuenta con mayor capacidad fundante de un derecho de los derechos humanos el sistema que presupone la juridicidad de sus valores. Pero lo fundamental radica en que el plexo de valores acogido en un sistema coincida con el que propone la filosofía de los derechos humanos.

Más allá de esto, la visión filosófica del sistema de valores encuentra una muy buena opinión en lo que Pérez Luño llama la fundamen-

tación intersubjetivista de los derechos: "... el intersubjetivismo representa un esfuerzo por concebirlos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación".¹⁴² Hay una praxis histórico-social en la que el derecho y los valores ético-jurídicos —y por tanto, también los derechos humanos— surgen y se desarrollan, lo que cifra el fundamento de los derechos en el despliegue multilateral y consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica, comenta el autor citado.¹⁴³

A partir del sistema de valores es posible abastecer las pretensiones y necesidades de los hombres y de su convivencia, que a la postre componen los contenidos históricos de eso que, tradicionalmente, se da en denominar el bien común público, o la buena convivencia compartida (el "estar-bien" en la convivencia, o el "bien-estar" de los hombres en sociedad).¹⁴⁴

Veremos después que hay constituciones que expresamente definen un sistema de valores —como por ejemplo, la de España de 1978 cuando declara y propugna como "valores superiores" de su ordenamiento jurídico a la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político en su artículo 1º, 1; o la de Argentina en su preámbulo, aunque no utilice la palabra "valores". La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania Federal, por su parte, ha interpretado que el plexo de derechos fundamentales expresa un "orden (o sistema) de valores"; y en forma equivalente, hallamos alusiones a los valores (integrados, por supuesto, en un sistema coherente) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

¹⁴² *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 162; ver asimismo p. 181.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 182.

¹⁴⁴ Compárese con la idea de Maritain de que el bien común es la comunión de las personas en el buen vivir (*Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, 1943, p. 22). Una tipología de los valores ético-individuales, sociales, culturales y económicos, que integran el bien común, puede verse en: Quintas, Avelino, *Análisis del bene comune*, Roma, 1979, pp. 21 y ss., y 116 y ss. Omitimos bibliografía sobre el bien común, por ser obvia, y encontrarse fácilmente en las obras de teoría del Estado, filosofía política, derecho político, ciencia política, etcétera, en una pluralidad de autores habitualmente consultados en esas disciplinas. Entre nuestros libros en esas materias, y sobre el tema, puede verse —por ejemplo— *El régimen político...*, cit., acápite 3: "La sugestiva atracción del fin: el bien común público", y sus citas.

No sería extravagante proponer que, aun sin confundir los valores con los "principios" del derecho, ni a éstos con el "sistema" de valores, el Estado democrático fundado en la filosofía y la ideología de los derechos humanos, contiene entre sus principios generales uno que, aproximadamente, reza así: el sistema de valores propio del orden jurídico democrático debe ser preservado y promovido en la interpretación y aplicación del orden normativo. De esa manera, tal sistema de valores, entraría a integrar el conjunto de los principios generales del derecho, y por ese conducto se canalizarían simultáneamente los derechos humanos.

Huelga añadir que el sistema de valores que es propio del Estado democrático y del derecho de los derechos humanos tiene un sustrato común, pese a la pluralidad de versiones históricas. Ese sustrato es el del humanismo personalista —valor personalidad (ético), y valores (jurídicos): dignidad del hombre, justicia, libertad, igualdad, bienestar común, desarrollo, pluralismo, etcétera. De nuevo esquivaremos el debate filosófico acerca de si en el mundo jurídico-político hay un único valor (la justicia) o un plexo interrelacionado de valores de diferente jerarquía en cuyo caso el vértice estaría siempre ocupado por la justicia (aún cuando desde ella se daría el reenvío a un valor ético: la personalidad humana). Hemos tomado partido por la pluralidad de valores jurídico-políticos.¹⁴⁵

8. EL OBJETIVISMO

Fernández Galiano utiliza la locución "objetivismo jurídico" como posible sustitutivo terminológico del derecho natural, y nos presta buen servicio, porque a veces determinadas palabras arrastran una carga histórica o ideológica que no todos aceptan, y muchos rechazan.¹⁴⁶ Pérez Luño habla, cuando se refiere a la fundamentación objetivista de los derechos humanos, del conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas, o principios que poseen validez objetivista, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos, o de su conciencia valorativa.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ver, en nuestro libro *Valor justicia y derecho natural*, cit., los apéndices sobre "La pluralidad de valores jurídicos" (p. 206), y "Valores y fines" (p. 209). También la muy buena obra de Néstor Pedro Sagüés, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, 1978 (por ejemplo, pp. 219 y ss.).

¹⁴⁶ *Derecho natural*, vol. I, Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Sec. Publicaciones, 1972, p. 67.

¹⁴⁷ *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 137.

Con alguna corrección personal, vamos a llamar objetivismo a teorías que, más benignas de lo que Pérez Luño nos ha expuesto, aceptan por sobre o por fuera del derecho positivo alguna instancia "objetiva" —aun cuando a veces no le reconozcan carácter absoluto y universal— que está más allá de la razón individual o de las valoraciones subjetivas. Así, aun fuera del iusnaturalismo ontológico podría concederse ubicación dentro de lo que elásticamente llamamos objetivismo a las posiciones que, sin compartir su fe en un derecho natural o en un plexo de valores objetivos y trascendentes al mundo jurídico, perfilan una filosofía de los derechos humanos que, "objetivamente", hace de canon indisponible para positivizarlos en un derecho de los derechos humanos.

De este modo, el objetivismo podría, tentativamente, conceptuarse así: es una explicación racional de que en el derecho positivo "debe" haber derechos humanos porque el que "los haya" viene exigido por una instancia externa y superior al puro arbitrio o a la pura voluntad de los hombres.

Se dirá con verdad que esa instancia a lo mejor es mero producto de categorías históricas, o de valoraciones sociales, o acaso de un consenso generalizado, todo lo cual varía y hasta puede desaparecer. Y se agregará que, entonces, la "objetividad" de esa instancia no es demasiado firme, sino más bien débil y transitoria. De todos modos, seguimos considerándola objetiva porque, a su manera, está "fuera" y por "encima" de la positividad, aunque su objetividad externa no llegue, en ese caso, a configurar un orden trascendente, inmutable, o absoluto del tipo del orden natural cristiano, o del código iusnaturalista del racionalismo.

Hay que darse cuenta que este objetivismo es tal porque, con matices diversos, admite que desde fuera de la subjetividad del hombre, y desde fuera de su voluntad o arbitrio discrecionales, se impone al derecho positivo un repertorio de principios, o valores, o representaciones que, en cuanto externo a la positividad, se propone como indisponible para la misma, que debe dar recepción satisfactoria al contenido de tal conjunto de principios, valores, o representaciones. Estamos ante una instancia de alguna forma "externa" a la positividad, que le viene "dada", y que la positividad tiene que "construir" en su ámbito con congruencia y adaptación.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Sobre "lo dado" (y "lo fabricado" o "construido" por el hombre) nos hemos ocupado en *Valor justicia y derecho natural*, cit., pp. 91 y ss.

“Lo dado” en el objetivismo es, en muchas de estas posturas, sumamente relativo, porque lo “da” la historia, el ambiente social, su conjunto cultural, etcétera, pese a lo cual no lo “da” la pura subjetividad de la razón individual o de la valoración de un yo. En todo caso, será la razón o las valoraciones de un “nosotros”, si por tal entendemos ese complejo difuso de ideas, valoraciones y razonamientos que predomina en una sociedad determinada o, acaso, en más de una, con generalidad y consenso suficientes —que ese parece ser el supuesto de los derechos humanos a esta altura de nuestro tiempo—.

Eso sí, no cejamos en la afirmación de que esa instancia objetiva no puede ser cualquiera, sino una que coincida y coordine con la filosofía de los derechos del hombre.

Fernández Galiano habla de objetivismo jurídico. Quizá el adjetivo jurídico tuviera que reservarse exclusivamente para los enfoques que reconocen u otorgan juridicidad a la instancia externa y objetiva que es trascendente a la positividad y heterónoma respecto de ella, y, en cambio, denominarse simplemente objetivismo —sin calificativo alguno— para los enfoques que no asignan, o que niegan, juridicidad a esa misma instancia (por ejemplo, los que únicamente le confieren naturaleza ética o moral). Tendríamos así: *a)* un objetivismo jurídico, y *b)* un objetivismo no jurídico.

Tanto en una categoría como en la otra, cabría introducir subdivisiones, tentativamente así: *a)* objetivismo jurídico ontológico (al modo, por ejemplo, del iusnaturalismo cristiano con su orden natural, y de la teoría de los valores al modo del iusnaturalismo de Goldschmidt); *b)* objetivismo no jurídico ontológico (al modo, por ejemplo, de las escuelas que al orden natural o a los valores le reconocen objetividad en el orden metafísico del ser, pero no juridicidad sino simple moralidad); *c)* objetivismo jurídico deontológico (al modo, por ejemplo, de las líneas doctrinarias en que lo objetivo admitido tiene naturaleza jurídica pero no radica en el orden del ser, sino de un deber ser relativo —de tipo histórico, o racional, o ideal, o sociológico, etcétera—); *d)* objetivismo no jurídico deontológico (de igual signo que el agrupado en el anterior inciso *c)*, pero negatorio de la juridicidad de lo objetivo, al que lo despojan absolutamente de ella porque para este punto de vista lo jurídico no aparece sino con la positividad que da recepción a la instancia objetiva no jurídica).¹⁴⁹

¹⁴⁹ Se comprende que aquí y ahora nosotros enrolamos en el objetivismo también a posturas que, según Pérez Luño, son subjetivistas, si es que subjetivismo significa —según dicho autor— predicar que el origen de los valores se halla en

Se puede apreciar que con la latitud —a lo mejor exagerada para muchos— que nos permitimos usar para el esbozo del objetivismo como fundamento de los derechos, entran en su categoría muchas posiciones que destituyen a lo objetivo de todo carácter absoluto, inmutable, o universal, y que, al contrario, son relativistas. Por ende, la tesis mixta de Pérez Luño sobre una fundamentación que él llama “intersubjetivista” halla sitio fácil en nuestra propuesta descriptiva de las teorías objetivistas.

Fuera de ellas quedarían, irreconciliablemente, las del subjetivismo propio de un positivismo voluntarista —como lo apoda Peces-Barba— que no coloca ninguna instancia por fuera o por sobre una positividad emergente exclusivamente del arbitrio estatal sin ningún contenido previamente “debido” en subordinación a dicha instancia; y toda la variedad de concepciones subjetivistas que fincan la misma instancia en la autonomía de la razón individual o de las valoraciones de cada hombre (y no en una razón ideal o abstracta propia de la humanidad, o en unas valoraciones colectivas). Por supuesto, tampoco encuadra en el objetivismo la postura escéptica que niega absolutamente el acceso del hombre a la cognoscibilidad racional —o aun emocional— de la instancia objetiva, como por otra parte se escurre el marxismo que confiesa la “determinación” inescapable de la superestructura (social, política, ética, ideológica, jurídica) por la infraestructura económica que, de ese modo, nunca puede funcionar racionalmente como instancia heterónoma objetivamente situada fuera de la positividad.

la autonomía del hombre, que sería su único “creador”, y que esos valores no se le imponen desde fuera (ver: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 144). Para nosotros, lo que venimos llamando objetivismo admite que ese “fuera” pueda ser la historia, las valoraciones sociales, etcétera. Pero vale insistir en que esto que, a los fines de analizar los derechos humanos, concedemos apodar objetivismo, no siempre coincide ni se compadece con la postura filosófica que —por ejemplo, con una ontología del ser— enseña que los valores son objetivos y trascendentes.

Retomando el mismo tema, véase cómo Fernández Galiano dice que todo iusnaturalismo es una forma de objetivismo jurídico porque las fuentes de las normas positivas no pueden estar sólo en la voluntad del legislador, sino en una realidad metajurídica a la que forzosamente se debe acomodar. Por eso —agrega— ese objetivismo presupone que los derechos humanos se deben asentar en un orden superior, objetivo, de carácter universal, al que pueda apelarse en todo lugar y tiempo (*Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, 3ª ed., Madrid, 1982, pp. 78-79 y 166).