

Derechos humanos y decisión jurídica

POR RUBÉN MARCELO GARATE (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La elección de una definición. — III. Distintas doctrinas. — IV. Su importancia para el discurso jurídico.— V. La visión de Rawls. — VI. Fundamentos del discurso jurídico. — VII. La validez del discurso. — VIII. De los principios y los derechos.— IX. Una justificación de los derechos. — X. Conclusión.— XI. Bibliografía.

Resumen: El debate filosófico contemporáneo ha tomado como uno de los temas centrales el análisis del discurso jurídico, la discusión con relación con los derechos humanos, en el discurso jurídico. No obstante, la discusión con relación a los Derechos Humanos, tiene que ver con el problema de su fundamentación. Particularmente nos pareció interesante, analizar sus características y reflexionar sobre la importancia que tienen en la decisión judicial.

Palabras clave: Derechos humanos, discurso jurídico, fundamento.

HUMAN RIGHTS AND LEGAL DECISION

Abstract: The cotemporary philosophical discussion has taken analysis of legal discourse like one of the central theme the discussion in relation to human rights in legal discourse. However, the discussion concerning human rights is related to the problem its foundation. We thought particularly interesting to analyze their characteristics and think about the importance of the judicial decision.

Key words: Human rights, legal discourse, basis.

I. Introducción

El tema de los derechos humanos se encuentra en el centro del debate filosófico contemporáneo porque indefectiblemente nos lleva a pensar sobre la posibilidad de su utilización como fundamento último del discurso jurídico.

Ellos pueden ser utilizados para alcanzar un nivel de racionalidad suficiente, que nos permita esperar del discurso práctico cierto grado de corrección material, en tanto que pueden ser considerados como criterio argumental a fin de asegurar cierto grado de justicia y equidad.

Se puede decir que las relaciones que regulan los derechos humanos importan relaciones básicas de convivencia social, porque establecen parámetros necesarios para el desarrollo humano y resultan ser transversales a la realización de los diferentes planes de vida de las personas.

Los derechos humanos son habitualmente concebidos como derechos universales, es decir, derechos que se atribuyen a todos los seres humanos sin distinción. Este carácter universal forma parte del concepto de derechos humanos desde el comienzo de su historia (GARCÍA MANRIQUE, 2004: 45). La cuestión de la universalidad, habitualmente se piensa en función de la existencia de un modelo ético jurídico extensible a todo hombre y al margen de las diferencias culturales. No obstante, las discusiones que existen al respecto, podemos coincidir en que ellos conforman un conjunto de criterios interpretativos necesarios, que permiten una mejor aplicación de las normas jurídicas; en

(*) Jefe de Trabajos Prácticos, con funciones de Prof. Adjunto de Introducción al Derecho, Cátedra II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

tanto que son el fundamento último, para realizar una análisis tamizado de las normas a aplicar, si es que se quiere lograr una elección cuidada y minuciosa.

También constituyen el basamento ontológico de la acción argumentativa, si se considera a la actividad interpretativa, desde una perspectiva egológica, entendiendo que es posible la elección de la mejor posibilidad. Situación en la cual se ponen en juego aspectos axiológicos, en tanto que se tiende a la máxima realización de los derechos humanos, como presupuesto de lo que puede ser considerado como justo.

II. La elección de una definición

La filosofía política desarrollada en el siglo XIX, es heredero del pensamiento kantiano tomando como fundamento a la teoría política liberal los principios de universalidad y autonomía. Kant, sostiene que la idea de libertad es un principio apriorístico que nos permite entender las relaciones sociales y la voluntad de los pueblos, del cual emanan las decisiones políticas. Asimismo, formula la existencia un derecho para todos los hombres, que encuentra su fundamento tanto, en el derecho político como en el derecho de gentes, y que permite garantizar la paz social de forma permanente (KANT, 2007: 67).

Juan B. Alberdi, creyó en la posibilidad de un derecho internacional que tomara los principios del *derecho de gentes* de los antiguos romanos, para mantener la paz social, reconociendo de esta manera que el derecho se asienta sobre la base común del principio que reza: “el derecho de cada hombre expira donde empieza el derecho de su semejante” (ALBERDI, 1947: 112). Entendiendo de esta forma que la justicia, no es otra cosa que la medida común del derecho de cada hombre, y que la igualdad resulta ser el criterio común de aplicación de los derechos.

Una de las definiciones más interesante sobre derechos humanos en la cual se señala sus caracteres esenciales, fue escrita por Manuel Atienza quien recogiendo la posición de Nino sobre esta materia, afirma que los derechos humanos son aquellos derechos subjetivos cuya titularidad se atribuye a las personas, por el simple hecho de serlo. Son simplemente derechos morales cuando no están reconocidos por el derecho positivo. Mientras que cuando están incorporados al derecho positivo, forman parte de la Constitución, y se les suele llamar derechos fundamentales (GARCÍA MANRIQUE, 2004:49).

Otra definición que podemos recoger es la de Antonio E. Pérez Luño, quien afirma que los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Desde esta perspectiva, bien podemos tomar en cuenta lo que sostiene Bidart Campos, al decir que los derechos humanos son la pauta axial del derecho constitucional contemporáneo puesto que toda la interpretación de la constitución debe girar en torno a la protección de los derechos humanos, que adquieren así el lugar central del sistema (BIDART CAMPOS, 1997: 2).

En un sentido similar se encamina Dworkin llamando derechos individuales a los derechos fundamentales y diferenciando a estos de los derechos colectivos, afirmando que deben aplicarse en la medida que no exista alguna razón que justifique negarle a un individuos, aquello que desean hacer o tener, imponiendo de esta forma alguna pérdida o perjuicio.

Esto nos permite comprender que muchos derechos pueden ser llamados universales, en la medida que siempre se dispone de argumentos a su favor que justifican su aplicación bajo cualquier circunstancia que sea razonablemente.

III. Distintas doctrinas

Cuando Carlos Cossio, sostiene la tesis que el derecho debe ser entendido como conducta en interferencia intersubjetiva (COSSIO, 1987: 151), no hace más que reconocer que los derechos son y

regulan relaciones entre personas. Esta perspectiva relacional, es importante a la hora de pensar una fundamentación de los derechos humanos.

Nos interesa descubrir cuáles son en este sentido las distintas tesis que nos explican el fundamento filosófico de tales derechos.

Si realizamos un análisis *funcionalista* de los derechos humanos, encontraremos que podemos reconocerles a estos derechos, una dimensión ontológica, sobre el que se apoyan distintos enfoques doctrinarios:

a) Doctrina del derecho natural: adopta la visión teológica, con un fundamento iusnaturalista, recurriendo a una explicación que parte de la voluntad divina. Bien podemos destacar que esta teoría se adopta cada vez que se asume una visión teleológica de la realidad, y se intenta explicar la determinación de la finalidad de la propia naturaleza.

b) Doctrina del derecho racional: esta, parte de la idea, que la persona humana es un fin en sí misma y que esta afirmación se presenta como un imperativo categórico, que nos lleva a considerar y respetar la autonomía de la persona, para luego reconocer la importancia de la dignidad humana.

c) Doctrina de la ética discursiva: se basa en la defensa de los derechos humanos, teniendo en cuenta el carácter discursivo y dialógico de la moral universalista, inspirada en la intersubjetividad humana.

Esta moral de tipo universalista fue descrita por aquellas teorías que pertenecen a lo que se ha dado en llamar el "*giro lingüístico*". Estas posiciones filosóficas asumen la idea de un constructivismo radical (SCARAVINO, 2007:13). En esta línea encontramos el pensamiento de Habermas, que reinterpreta la eticidad de Hegel en los términos wittgensteinianos de juegos de lenguaje; entendiendo que cualquier intercambio lingüístico implica, por parte de los interlocutores, la aceptación de ciertas reglas de juego, una suerte de contrato tácito e inconsciente muy semejante al trasfondo de valores y creencias compartidas. De modo que la actividad comunicativa no pone en relación a individuos abstractos o atómicos, a la manera de Hobbes o Rousseau, sino a miembros de una misma cultura que encarnan roles en ciertas situaciones de comunicación, en la que se producen estos juegos del lenguaje.

No obstante, toda acción comunicativa supone un *consenso*. En el que es posible pensar desde la existencia de un contrato implícito con el interlocutor, en el que se deben respetar ciertas reglas que permitan lograr la comunicación. Siendo necesarios para establecer acuerdos y desacuerdos, como también eventualmente, persuadir a algún auditorio o interlocutor.

La "ética de la discusión" de Habermas, se basa en el imperativo de la razón práctica kantiana que dice: no se puede tomar al otro como un objeto sino siempre como un sujeto, es decir, como un interlocutor o un participante en un juego de lenguaje.

Más allá de la diversidad de normas consuetudinarias o culturales, existiría una norma fundamental éticamente racional, basada en la libre aceptación de las reglas del entendimiento comunicativo. Esta afirmación nos lleva indefectiblemente en el plano jurídico-político a una revalorización de la democracia consensual y del Estado de derecho.

Esta concepción del derecho se convierte, en la institucionalización de la racionalidad comunicativa, cuando establece como norma ética fundamental la consideración del *otro* como un interlocutor válido y no como un objeto, a fin de lograr la construcción de consensos.

Los derechos humanos concebidos como construcciones relaciones, representan las exigencias de todos los seres humanos, que condicionan la estructura y el ejercicio del poder político al respeto de la dignidad humana y la realización de estándares materiales que favorezcan un nivel de vida confortable.

Desde esta perspectiva los derechos humanos se inscriben en los siguientes supuestos:

- 1.- Se aplican a todas las personas, sin discriminación alguna.
- 2.- Su validez es irrestricta, no dependiendo de circunstancia política y social.
- 3.- Incumben a los estados particulares en lo que se refiere a su protección y realización.

Es claro que los derechos por sí sólo, sin acompañamiento de transformaciones materiales, en lo económico y lo político no son un pasaporte al paraíso. Tampoco debemos tener un exceso de confianza en los derechos, lo mejor resultaría ser la reivindicación del Estado Social (ARANGO, 2004: 60).

IV. Su importancia para el discurso jurídico

Es interesante pensar que los derechos humanos, conforman un conjunto de principios que pueden ser tomados para establecer las reglas necesarias del discurso democrático y afirmar la necesidad de sostener la libertad y la igualdad, principios esenciales de todo proceso de argumentación.

Reconocemos la posibilidad de fundamentar los derechos humanos desde una posición discursiva. Sobre todo, porque ellos son los supuestos en los cuales puede ser pensada toda acción discursiva. Esta acción únicamente se produce en un Estado que organiza sus instituciones de manera democrática, ya que se asegure el pleno desarrollo tanto de la autonomía privada como de la autonomía pública.

Esta perspectiva nos lleva a considerar a los principios de autonomía y universalidad, como la razón de ser de los derechos humanos, en tanto que resultan ser un factor de protección y factibilidad para asegurar estándares específicos de igualdad y libertad (VILLAR BORDA, 2004: 47).

En este sentido, podemos afirmar que cuando se propone maximizar la libertad de los individuos que integran una comunidad política, minimizando las restricciones a esa libertad, se debe tener en cuenta que toda limitación a la libertad, debe imponerse como resultado de un procedimiento de balance entre los intereses en conflicto, teniendo en cuenta la viabilidad de las restricciones, en función de la protección del mayor espacio para el desarrollo de la libertad individual (VILANOVA, 1997: 170).

V. La visión de Rawls

La perspectiva neokantiana asumida por John Rawls le permite referirse a una *posición original* de estricto carácter ideal, que toma como punto de partida para desarrollar su pensamiento. En esta situación teórica originaria, se lleva a cabo un acuerdo mínimo sobre aquellos principios de justicia política que permiten construir la estructura social básica de la comunidad. Este acuerdo solo puede ser posible si se considera a cada individuo como un sujeto libre, igual y racional. (1)

De este modo, el justilósofo americano, hace jugar el principio de autonomía como un factor fundamental a la hora de establecer acciones positivas. La plenitud de la libertad individual se muestra desde la participación y en los compromisos tanto políticos, como no políticos que se asumen, como parte de la búsqueda de algún bien.

Para Rawls, los derechos humanos, forman una categoría especial de derechos, ya que establecen los límites a los Estados y son aplicables a todas las sociedades, por la buena fe que debe reinar en la comunidad internacional.

(1) Como así lo sostiene Manuel Kant, cuando afirma que el estado civil o jurídico, se funda en principios "a priori" de la libertad de cada hombre como miembro de la sociedad, la igualdad de cada miembro y la independencia de cada comunidad, sobre los cuales descansa la formación del Estado, conforme los puros principios racionales del derecho humano (KANT, 2004: 42).

Ellos, conforman el derecho razonable de los pueblos y son la *condición necesaria de legitimidad* del sistema jurídico, conformando de este modo un mínimo moral prioritario y universalizable, no en sentido temporal, sino como categoría espacial. En consecuencia, los derechos humanos, pueden ser considerados como un *hecho*, por ser la expresión del patrón mínimo que deben cumplir las instituciones políticas bien ordenadas, cuando pretenden alcanzar con buena fe una sociedad políticamente justa.

Esta idea de los derechos hay que entenderla, dentro de la nueva concepción surgida después de la catástrofe de la segunda guerra mundial. Su sola formulación determina las pautas para un pluralismo cultural, en tanto que son considerados como un conjunto de “derechos mínimos”, que se encuentran ligados a los ideales de bien y justicia. La importancia de los derechos mínimos se encuentra radica en su utilización para la construcción de acuerdos políticos que sirven de base para edificar una sociedad *liberal*. Sólo en este tipo de sociedades, que reúne las características descriptas, es posible afirmar que se producen en forma total. En las sociedades construidas de forma *jerárquica*, la aplicación de estos derechos es deficiente. Sin embargo, son susceptibles de estar bien ordenadas, en la medida que cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Que sean pacíficas.
- b) Que el sistema jurídico, se estructure en base a una idea de justicia compartida, y que los jueces y administradores jurídicos confíen en que el derecho, se encuentra orientado por esa concepción de justicia.
- c) Que existan formas apropiadas de que los ciudadanos puedan ser escuchados respetándose los distintos valores religiosos o filosóficos de esa sociedad.
- d) Que exista posibilidad de disenso, sin que esto amerite represalias.

Los derechos humanos, con su carácter universal marcan un mínimo moral de justicia y garantizan la solidaridad social, en tanto que protegen la autonomía de la razón en primer término, al grupo deliberativo y por último al sujeto que realiza una elección personal.

Su función es la de otorgar legitimidad del régimen jurídico, de esta forma todo razonamiento jurídico debe apelar a una fundamentación basada en los derechos humanos, si pretende mantener cierto grado de racionalidad que le permita adquirir legitimidad.

En la medida que estos derechos han sido aceptados por el conjunto de la comunidad internacional, representan una condición *sine qua non* del acuerdo explícito, que permite conformar un mínimo de derechos reconocidos por los regímenes políticos democráticos.

En consecuencia, los juicios prácticos adquieren *capacidad razonabilidad*, cuando toman como fundamento discursivo a los derechos humanos. Claro que esto implica un proceso de interpretación y la elección de criterios de aplicación, frente a lo cual puede generarse algún tipo de conflicto, en el que resulta importante mantener una actitud alejada de todo tipo de fundamentalismos en los participantes, en la medida que se pretenda alcanzar acuerdos razonables sobre cuestiones de justicia política. Para lograr esto, se requiere que el discurso se mantenga dentro de los límites de las convicciones razonadas y se utilicen construcciones lógicas de inferencia, apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales. Los argumentos deben construirse en base a las creencias, las razones y los valores políticos compartidos por la comunidad, de tal forma que la justificación pública puede partir de premisas compartidas y puedan ser suscriptas por una amplia mayoría, como producto del resultado del consenso social.

Lo expuesto, nos permite afirmar que la concepción política de justicia ya no implica decir exactamente cómo han de resolverse las cuestiones, sino presentar un marco de pensamiento en el que se pueda plantear, las posibilidades de producir acuerdos completos, en la cual los derechos fundamentales juegan un rol singular como parte de la búsqueda de una justicia entendida como equidad a pesar de las cambiantes circunstancias sociales.

VI. Fundamentos del discurso jurídico

Según lo expuesto anteriormente, bien podemos pensar que necesitamos dar una fundamentación discursiva de los derechos humanos, atento que son la razón última de todo discurso jurídico y solo en ellos encontramos los criterios que sustentan la argumentación del razonamiento práctico, en la medida que se pretenda logra un mayor grado de verosimilitud y previsibilidad.

Debemos recordar primeramente, que las reglas de la moral positiva generan en el discurso la necesidad de recurrir a distintos tipos de principios, que se encuentran explicitados en una moral de tipo ideal. Esta moral positiva a la que nos referimos, es de tipo descriptiva, surgida de la búsqueda del hombre por la justificación de sus actos y decisiones (NINO, 1989: 93). Una moral social de este tipo, se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular. De tal modo que sería equivocado aislar completamente las normas de una moral ideal de una moral social.

El derecho tiende a reducir los conflictos sociales y a facilitar la cooperación a través de dos elementos que en conjunción lo distinguen de los otros sistemas normativos: la *autoridad* y la *coacción*. Sin embargo, ningún sistema jurídico puede preservarse sólo sobre la base del temor que sustentado por el miedo ante la coacción. Sino que además se requiere de la creencia, en la legitimidad moral de los órganos del sistema, difundida entre buena parte de los súbditos.

Cuando Hart realiza un análisis del punto de vista interno, no solo hace descripción del Derecho, sino que también toma en cuenta su aspecto prescriptivo y valorativo, porque entiende que de otra forma el derecho sería un tabú sin sentido. Explicando que la coincidencia fáctica entre el Derecho y la moral se encuentra dada en la relación existente entre los sistemas jurídicos con criterios morales de validez. No obstante, una interpretación razonable del derecho debe tener en cuenta principios morales. Esto nos permite vislumbrar un cierto ajuste del Derecho a la moral social convencional (PETTORUTI y SCATOLINI, 2005: 72).

Esto nos permite entender que el derecho, para cumplir su finalidad, requiere de convicciones morales, ya que sin el apoyo de la moral el derecho proporcionaría solo razones prudenciales que resultan ser insuficientes, en la medida que los individuos no se sientan obligados por ella.

El discurso moral, constituye una técnica en la que convergen ciertas conductas y actitudes que dan sustento a las razones morales. Así, por medio de las argumentaciones expuestas en el discurso moral, se ponen de manifiesto aquellas conductas que evitan conflictos y facilitan la cooperación social a través del derecho. Como en los juegos, se puede sugerir que el discurso moral, es una actividad que se desarrolla conforme a reglas implícitas, que establecen cual debe ser la próxima jugada, en función de la formulación de juicios, que nos dicen si existen razones para la acción.

Las razones de nuestro actuar se encuentran en la concepción del mundo y de nosotros mismos. En este sentido los derechos humanos se convierten esencialmente en una justificación de esta comprensión, que encuentra su fundamento en la moral positiva (ALEXY, 2009: 177).

Este discurso moral, está dirigido a obtener la convergencia de actitudes a través de la aceptación libre de aquellos principios que deben guiar las acciones, frente a aquellas conductas que otros puedan realizar. En tanto que, no puede dejarse de reconocer siempre el ámbito específico en el que reina la autonomía moral.

Así, podemos enunciar que un juicio que expresa lo que debe moralmente hacerse, puede analizarse como un juicio que predica la realización de la acción "x" la que en ciertas circunstancias fácticas de índole genérica y en función de un principio público, sería aceptada como justificación última y universal de las acciones por cualquier persona participante, que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes.

Esto nos permite llegar a la conclusión que un juicios morales son correctos, si los principios morales lo exigen, encontrando aprobación en todas las personas plenamente racionales. Según la teórica-

discursiva, tanto la verdad práctica como la corrección de las normas dependen de la aprobación de la argumentación que se pueda dar en ellos, bajo condiciones ideales. En este sentido, el discurso jurídico, por más que tiene un aspecto ideal pretende alcanzar la maximización de utilidades, en función de la búsqueda de la mejor realización los derechos humanos.

Para Carlos Nino es posible explicar los derechos humanos partiendo de una concepción liberal de la sociedad, porque de la combinación de los principios liberales resulta posible derivar derechos fundamentales. En tal construcción, los derechos humanos pueden ser justificados racionalmente, desde una concepción metaética.

Estos principios liberales sustantivos que dan fundamento a los derechos humanos, serían los siguientes:

1. Autonomía de la persona: se relaciona con la libertad de hacer, para lo cual debe tenerse en cuenta la igualdad entre las personas. Sin embargo, cabe destacar que todo tratamiento igualitario no puede ser independiente de alguna concepción de lo que es bueno para el hombre y para su propia vida. El trato que se dispensa a una persona como un igual, explicita la forma en que alguien desearía ser tratado.

Este principio de la autonomía nos permite inferir otros principios: integridad corporal y psíquica, la libertad de asociación, de expresión y libertad en el desarrollo de la vida privada. Cada uno de estos principios, tienen dos aspectos diferentes, uno relacionado a la moral autorreferente, dada la vinculación con en la adopción de ideales de excelencia, y otro consistente en la veda hacia el Estado y a los otros individuos de interferir en su ejercicio.

De tal modo, que una de las reglas del discurso moral positivo consiste en la afirmación que “es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, se juzgue valioso” (NINO, 1987: 230).

2. Principio de inviolabilidad de la persona: se relaciona con la libertad de las conductas, cuyos efectos recaen sobre el propio agente. Los derechos funcionan como restricciones laterales a la persecución de objetivos colectivos, como afirma Dworkin, los derechos son cartas de triunfo que, cuando se sacan a relucir, descalifican la legitimidad de cualquier medida que subordine a los intereses protegidos al bienestar o a la utilidad general.

La función principal de los derechos es la de limitar la prosecución de objetivos sociales colectivos. Establecen una barrera a los objetivos que persiguen un mayor beneficio para su grupo de pertenencia. Por supuesto que esto no excluye la legitimidad de perseguir objetivos sociales colectivos. Se puede promover el bien común cuando ello no implica vulnerar los derechos individuales básicos. En este sentido como sostiene Peces Barba, la visión colectivista postula entidades supraindividuales que tienen un status ontológico autónomo con intereses específicos e independientes de los individuos que la integran. De este modo, el bien común es reductible al bienestar de los miembros de la sociedad que se toma como marco de referencia.

El reconocimiento del principio de inviolabilidad de la persona no sólo implica la limitación de la persecución de intereses grupales, sino que además, limita en algunos casos, el procedimiento para la toma de las decisiones mayoritarias, en la medida que siempre deben privilegiarse los principios fundamentales, por sobre los derechos particulares.

Los derechos individuales están destinados a convertir al sujeto en el único árbitro sobre aquellas áreas protegida por el propio derecho.

3. Principio de la dignidad de la persona: Consiste en valorar las acciones, teniendo en cuenta sus efectos sobre los derechos o el bienestar de la gente.

En función de las conductas manifestadas se puede asignar responsabilidad por medio de la formulación de un juicio acerca del valor moral de las acciones. No obstante, advertimos que respetar

la libertad del individuo no es lo mismo que satisfacer sus deseos. Dicho respeto depende, de que el individuo asuma las consecuencias que hayan tenido sus decisiones. Por este motivo se dice que: *“los hombres deben ser tratado según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento”*.

A la luz de las reglas del discurso moral debemos considerar la significación de la voluntad, independientemente de los factores causales que puedan determinarla, porque los principios básicos del liberalismo están apoyados en aspectos estructurales del discurso moral.

Ahora bien, Nino afirma que el resultado del discurso permite establecer un consenso ideal que garantiza la verdad o la corrección del mismo. Los discursos reales, nunca pueden garantizar la corrección moral. No obstante es posible establecer una relación entre los discursos reales o ideales, tomando como base distintas posiciones (ALEXY, 2009: 197).

La primera posición que llamaremos facilitadora, sostiene que la discusión se hace posible el acceso a la verdad moral. De modo tal que, el seguimiento de las reglas del discurso, lleva en sí una presunción de corrección.

Una segunda posición que le damos el nombre de utilitaria, afirma la comunicación de intereses, solo se produce cuando cada uno de los participantes puede comunicar sus intereses y discutir el peso relativo que poseen.

La última teoría explica que podemos llamar de la falibilidad, entiende que solo es posible una aproximación al discurso ideal y que solo tenemos una presunción de corrección, la que puede ser contradicha en cualquier momento. Por lo tanto, todos los consensos reales siempre son falibles.

Todo lo dicho nos lleva a firmar que existe una íntima relación entre discurso y democracia, porque sólo el discurso nos permite aproximarnos a la verdad moral, y a su vez solo en la democracia es posible pensar el discurso.

Bien podemos observar que se presenta una gran dificultad a la hora de obtener consensos. La mejor opción desde un sentido práctico, consiste en mantener la regla de la mayoría, a la que debe someterse toda decisión. Asimismo, sigue teniendo importancia los argumentos escogidos para la fundamentación racional del discurso, cuando existe la pretensión de convencer sobre la corrección de las ideas.

VII. La validez del discurso

Las sociedades civilizadas necesitan reglar la convivencia por medio del derecho. La utilidad de los derechos humanos, como protectores de la autonomía de los individuos, si bien debemos reconocer que no hablamos de una autonomía ilimitada y sin restricciones, sino de una autonomía que le otorga fundamento a los derechos. (2)

Para que el discurso jurídico sirva en la construcción de consensos y contribuya a la convivencia hay que partir de la base del reconocimiento de la igualdad y la libertad del interlocutor.

El discurso intenta mover al interlocutor para que este descubra el grado de corrección del hablante, mediante la utilización de persuasiones que le permitan convencerse de su verosimilitud.

La resolución de los conflictos sociales depende, por un lado de los consensos discursivamente alcanzados y por el otro, de la posterior ejecución de las resoluciones a las que se ha arribado, teniendo en cuenta que la acción debe respetar los principios que se juzgaron como correctos y consecuentes-

(2) Coincidente Juan Carlos Smith plantea como tesis que la función lógico trascendental del derecho requiere de una categoría de conocimiento particular a la que llama posibilidad de ser en el que se coimplican el deber jurídico (obligación) y la facultad jurídica (derecho subjetivo), reconociéndose así el carácter de posibilidad que plantea el derecho en la medida que conoce, conductas a priori y predica su consecuencia (PETTORUTI y SCATTOLINI, 2005: 308).

mente fueron válidos. Ahora bien, debemos aclarar que esto no implica caer en la antinomia entre discurso y acción, sino más bien en pensar en la concreta relación.

Podemos reconocer que el *principio de autonomía* funciona como un supuesto necesario para todos los discursos morales o jurídicos, cuando afirmamos que determinados derechos valen, porque son discursivamente necesarios para el sistema democrático. Esta fundamentación directa de los derechos humanos se opone a una fundamentación de tipo indirecta que solo desde un análisis teórico discursivo pretende establecer las reglas de procedimiento satisfactorias.

Robert Alexy niega la posibilidad de derivar los derechos humanos directamente de las reglas del discurso, porque estas son meras reglas del habla que no tienen implicancia en el ámbito de la acción (SIEKMANN, 2006: 214). Así, afirma que los argumentos necesarios del discurso se basan en la autonomía, el consenso y la democracia, principios que si bien son independientes, también se relacionan y apoyan mutuamente.

En consecuencia, el discurso logra *validez subjetiva*, cuando llega a legitimarse, logrando el reconocimiento del principio de autonomía, por lo que toda línea de acción se funda en la libertad de los participantes, que se expresa en una reflexión seria y genuina.

La *validez objetiva* del discurso, depende de la maximización de utilidades o mejor dicho del provecho que las partes pudieran haber sacado.

VIII. De los principios y los derechos

Nos interesa remarcar ahora las características de los principios que animan a los derechos humanos, que los hacen tan particulares distinguiéndolos de las normas generales y relacionándolos con aquellos derechos y garantías constitucionales y que junto con ellos, por lo menos en el sistema jurídico argentino, forman parte de lo que ha dado en llamarse el bloque de constitucionalidad, integrándose a la primera parte de la Constitución Nacional y por lo tanto conformando ese núcleo duro de derechos, llamados así por su dificultad para ser modificados.

Estas características nos permiten entender aun más su función e importancia, como derechos jerárquicamente superiores en la estructura del ordenamiento jurídico, por lo que señalamos los siguientes presupuestos:

Presunción de auto-ejecutividad: son aplicables a un caso concreto sin necesidad de una ley del derecho interno que lo reglamente, salvo el caso de normas indefectiblemente programáticas. De tal forma podemos afirmar que poseen una presunción de operatividad por sí mismos.

Progresividad: extienden su protección a algunos derechos que antes no gozaban de reconocimiento, haciéndolos ejecutables.

El régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número como al contenido de los derechos protegidos.

Irreversibles: el reconocimiento de la dignidad humana no admite relativismos, por lo tanto estos derechos siempre se refieren de forma expresa o implícita a la dignidad de la persona humana como fuente de derechos, porque la propia dignidad es asimismo, la inspiración de los derechos humanos, que a su vez es contemplada en el derecho internacional. Por lo tanto el estado que reconoció ese derecho como derivado de la dignidad humana deberá seguir reconociéndolo, obligándose a no limitarlo o anularlo.

En el caso de la Constitución Argentina, el art. 75 inc. 22 es el encargado de determinar el ingreso de la normativa internacional al bloque de derechos humanos. Dicho bloque no debe entenderse como una categoría cerrada, en tanto que prevé la posibilidad de incorporar nuevos instrumentos a la jerarquía constitucional, sobre la temática de los derechos humanos, los que se encontrarán en un mismo pie de igualdad con los expresamente mencionados por el texto constitucional (MANILL,

2003: 213). En consecuencia ellos, forman parte de los derechos constitucionales, en la medida que se encuentran reconocidos por la constitución al asignárseles la misma jerarquía normativa que les permite alcanzar el mismo valor constitucional que el resto de los derechos y garantías. Esto manifiesta la voluntad del estado de elevar a los tratados internacionales a una misma escala jerarquía que mantiene la constitución.

La visión escalonada del derecho de Adof Merkel y Kelsen nos permite entender lo que queremos decir cuando hablamos de jerarquía de las normas jurídicas, al establecer una gradación de las normas, en relación a la posibilidad que otras normas puedan ser derivadas lógicamente de la primera que le otorga validez a las restantes. Este sistema escalonado de producción del derecho, reconoce un proceso sucesivo en el que no solo se ejecuta el derecho, sino también en el cual existe un proceso de creación, motivo por el cual podemos señalar que los actos jurídicos tienen una función ejecutiva del derecho y creadora del derecho (WALTER, 2001: 59). Esto nos permite concluir que los derechos como pertenecientes al bloque de constitucionalidad poseen una jerarquía superior y son fuente de validez de las normas jurídicas particulares, y que por lo tanto todo pronunciamiento judicial alcanza cierto grado de validez solo si se fundamenta en ellos y resuelve la cuestión particular según los criterios estipulados por estos derechos.

Recordemos que para Kelsen todo sistema de normas jurídicas nacionales o internacionales tiene la misma función, que consiste en obligar a las personas sometidas por él a conducirse de cierta manera entre sí. Ahora bien, solo me obliga aquello que se encuentra prohibido, como bien reza el principio de clausura: *lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido*, común a todo ordenamiento. Por eso entendemos que cada Estado asume un compromiso, suscribiendo o adhiriendo a los pactos internacionales, haciéndose directamente responsable por su incumplimiento. El derecho internacional, no puede dejar de ser considerado como ordenamiento jurídico, si partimos del supuesto que los Estados se encuentran sometidos a él (KELSEN, 2003: 65).

En resumen, los derechos humanos como parte del derecho internacional, son tan derecho como cualquier otra norma jurídica, en la medida que cada estado nacional los reconoce, sin que para que ellos rijan sea necesaria una legislación especial o un proceso de incorporación. Es más, ellos son jerárquicamente superiores y transmiten su validez al discurso jurídico en la medida que estos sean parte de su fundamento. Solo apoyándose en los derechos fundamentales los pronunciamientos encuentran corrección discursiva, por lo que son pasibles de un control de logicidad, en la medida que cada Estado se encuentra obligado por el ordenamiento internacional a llevar a un plano de ejecutividad los derechos humanos.

IX. Una justificación de los derechos

Si definimos los derechos fundamentales desde su justificabilidad, estamos sosteniendo que son útiles a la hora de encontrar criterios lógicos en la toma de decisiones. Sin embargo, no solo responden a una preocupación teórica, sino que además deben ser tenidos en cuenta como criterios fácticos, en tanto que exigen su concreción (ARANGO, 2004: 103). Cualquiera puede invocar su violación, con la intención de lograr su reconocimiento explícito, siendo el juez quien debe exponerlos como verdaderamente valiosos, en función de cada situación concreta.

Esta tesis también sostiene la necesidad de reconocer un espacio de autonomía personal, como bien sostiene la filosofía kantiana (3), quedando en el individuo la posibilidad de mejorar aún más su situación material, espiritual o intelectual. Una postura contraria, exigiría de manera autoritaria, imponiendo a todos los obligados la satisfacción de las necesidades sociales en toda su medida, dejando de lado aspectos individuales.

(3) Robert Alexy, reconociendo que los principios de autonomía y universalidad, están ligados a los derechos humanos y a la democracia, por lo que la protección y factibilidad de ambas formas de autonomía es la primera tarea de los derechos humanos en la concepción kantiana (ALEXY, 1995).

Sin embargo, esto no implica caer en una judicialización, de los derechos fundamentales, porque si bien de cada individuo puede exigir su reconocimiento, también podemos afirmar que la acción judicial no puede sustituir a la estrategia política que debe velar por la vigencia de los derechos.

El reconocimiento de la *tesis cognitiva* de los derechos fundamentales nos lleva a sostener que son subjetivos con pretensión de universalidad.

Esta posición normativa se basa en que estos derechos constituyen razones válidas y suficientes, cuyo no-reconocimiento injustificado amenaza con causar un daño inminente e irreparable a su titular.

Su objetividad se manifiesta cuando se produce una resolución negativa contra la que es posible mantener una posición válida, suficientemente fundamentada, que determine la incompatibilidad de la decisión judicial con la Constitución Nacional.

La norma objetiva, establece el criterio de interpretación y ejerce una función correctora, por medio del *control constitucional*.

La *teoría de la justicia*, por su parte, permite encontrar la *justificabilidad* de los derechos sociales fundamentales, afirmando que estos derechos corresponden más al ámbito de la justicia compensatoria que al ámbito de la justicia distributiva. Esto no quita que dejemos de entender la importancia de la justicia distributiva para asegurar un mínimo social que permita satisfacer las necesidades básicas, que se corresponden con los derechos sociales mínimos.

Sabemos que todo sistema jurídico existe en un espacio y un tiempo determinado. Algunos han afirmado que hay algo universal, absoluto y necesario, en todo ordenamiento, por lo tanto sostuvieron la existencia de principios, normas o valores que permanecen sin modificaciones. Sostener ambas cuestiones ciertamente puede resultar contradictorio. Robert Alexy ha explicado que la independencia espacio y temporal de un ordenamiento normativo, se da en cualquier época siempre que este posea todas las propiedades necesarias para ser un sistema jurídico (ALEXY, 2005: 70).

Esto nos lleva a pensar en caracteres formales del derecho, imprescindibles a la hora de definir un sistema jurídico. Pensemos solamente en los conceptos de obligación, permiso y prohibición, como universales jurídicos formales, conceptos que encontramos claramente en la descripción que realiza Hart cuando describe a las reglas secundarias de adjudicación como aquellas que otorgan capacidades y potestades jurídicas públicas o privadas.

Claro que hay muchos aspectos formales sobre los que el propio Alexy no profundiza como los conceptos de validez, sanción y jerarquía enunciados por Kelsen, que también formarían parte del carácter universal del derecho. Sin embargo el interrogante es más áspero, cuando se piensa en universales jurídicos materiales.

Alexy encuentra este universal material del derecho en la *pretensión* de todo sistema jurídico por alcanzar cierto grado de *corrección*. Dicha pretensión de carácter formal, se ve como un puente entre una dimensión sustantiva y una dimensión formal, sobre todo porque la corrección se relaciona con criterios de justicia. El aspecto sustantivo del derecho, tiene como objetivo establecer criterios de corrección, que podemos descubrir en la formulación de los derechos humanos.

Por lo tanto, nos resulta lógico sostener que la norma, cuando resulta ser incompatible con los derechos humanos básicos, la podemos considerar como injusta. En tanto que carece de validez moral y pero si jurídica, si tenemos en cuenta una relación entre la moral y el derecho, si se trata de observar las características materiales del derecho. (4)

El otro tema de debate, que se presenta al momento de analizar el desarrollo de los derechos humanos, tiene que ver con su *historicidad*, y por lo tanto con la posibilidad de su relativización. Alexy no

(4) Alexy se aleja de Habermas quien afirma que los derechos humanos no tienen relación con la moral ni son preestatales por lo que poseen originariamente naturaleza jurídica (ALEXY, 2004: 16).

desconoce que estos derechos dependen en gran medida de la práctica social y de las circunstancias generales, que determinan los distintos paradigmas jurídicos, como fue por ejemplo en su momento la abolición de la esclavitud. Cada época puede, ignorar el carácter de extrema injusticia que se encuentra en las institución jurídica que el derecho regula, por motivos de ceguera moral o error moral. Esto no quita que la esclavitud pueda ser considerada como una institución extremadamente injusta, porque que no existe discurso racional que pueda justificarla.

Así entendido, el derecho se presenta como una “contingencia reflexiva, que de una parte, es relativa al tiempo y de la otra trasciende el tiempo, en tanto aspira a la realización de la idea regulativa de verdad o corrección práctica” (ALEXY, 1995:87).

Quien ha formulado esta idea de injusticia extrema, tomada con posterioridad por Alexy, ha sido Gustav Radbruch, quien prefirió establecer la relatividad del derecho siguiendo el pensamiento del criticismo kantiano, demostrando sin duda que la formalidad que presenta la cultura y el derecho son universales y absolutamente válidas. Si bien entendemos que el contenido de la cultura o el derecho dependen de las realidades empíricas, totalmente relativas, podemos decir que este relativismo implica una renuncia a la razón teórica, pero también una fuerte apelación a la razón práctica. Puesto que es imposible verificar lo que es justo, podemos establecer lo que debe ser jurídico (RADBRUCH, 1992: 4).

En este sentido, coincidimos con Kelsen cuando afirma que el positivismo científico, está asociado al relativismo porque no se puede evaluar una institución social en forma incondicional o, lo que es lo mismo, no se le puede atribuir un valor absoluto, en tanto que pertenece a la esfera de lo trascendental (KELSEN, 2006: 16).

Cuando por un acto de autoridad se obliga a respetar determinadas libertades de los sujetos en aras del orden social, se le reconoce al derecho total autonomía, para influir en la conducta de los hombres. De igual modo, la independencia del juez no es otra cosa que la manifestación de la autonomía del derecho frente al interés estatal.

Esta autonomía del derecho, que puede ser reconocida como una característica esencial, permite que frente a las presiones o intereses políticos se mantenga la seguridad jurídica.

Dicha seguridad se presenta como un valor fundamente al mundo jurídico, en tanto que resulta indispensable una sociedad democráticamente constituida, con instituciones participativas abiertas al diálogo y a la pluralidad de intereses.

La seguridad jurídica es presentada por Radbruch como una de las exigencias de la justicia, porque el derecho es seguro cuando “hoy y en este lugar” es interpretado y aplicado de una manera, y “mañana y en otro lugar” de la misma forma. (5)

Es interesante recordar que Kant es quien expone la idea de “*extrema maldad*”, que se presenta en el terreno jurídico, en la medida que exista un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, debiéndose resolver en estos casos, por la primacía del derecho positivo, aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, salvo que esta contradicción alcance una medida *insoportable*, por lo que se debe buscar la realización de las exigencias de justicia, minimizando el posible sacrificio de la seguridad jurídica.

Con una claridad meridiana Radbruch traza la relación entre justicia como fin y seguridad jurídica, al afirmar: “nosotros tenemos que buscar la justicia, al mismo tiempo que respetar la seguridad jurídica, pues ella misma es una parte de la justicia, y construir de nuevo un Estado de derecho, que realice esos dos pensamientos en lo posible hasta la saciedad” (RADBRUCH, 1992: 42).

(5) Alexy reconoce en la seguridad jurídica un valor universal, que se manifiesta en el stare decisis, que otorga al derecho previsibilidad y trato igualitario de los casos semejantes (ALEXY, 2005: 84).

X. Conclusión

De este modo podemos concluir reconociendo que el eterno objeto del derecho es el hombre y siempre el hombre. Son sus hechos, su modo de vida, la manera de obrar o la conducta habitual, en definitiva, aquello que damos en llamar moral positiva y que es construido por el hombre, lo que genera el derecho antes de ser escrito o discutido. Sabemos que la moral positiva, para constituirse como tal en una sociedad democrática, debe basarse en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad. En la construcción de esta moral resulta imprescindible descubrir el papel que juegan los derechos humanos, porque su quebrantamiento genera un perjuicio para otro hombre y un ultraje para la sociedad en la medida que ellos tienden a establecer los caminos que nos permiten transitar la solidaridad humana.

Los derechos humanos son la respuesta a determinadas agresiones e injusticias perpetradas contra la humanidad. En este sentido, los derechos fundamentales vienen a poner un límite, a aquellos que pretenden erguirse por encima del resto de los mortales, contrariando los principios de libertad e igualdad, con la sola razón que otorga el ejercicio del poder, ya sea político o económico. (6)

Como afirma Pérez Luño, han jugado un papel histórico incuestionable, aunque resulten muchas veces imprecisos y confusos; han permitido formalizar los sentimientos morales en instituciones jurídico-políticas con una fundamentación racional (PÉREZ LUÑO, 2005: 24).

Los derechos humanos no solo son el fundamento del Estado de derecho, sino que además permiten su legitimación en la medida que sean garantizados y defendidos.

La búsqueda de la corrección de la decisión judicial comienza por el reconocimiento de los derechos. En este sentido, la actividad interpretativa es una tarea de síntesis, que comienza por la clarificación del lenguaje normativo y finaliza con la búsqueda de la corrección, llevando a cabo un proceso de valoración de la conducta humana.

La responsabilidad del juez se muestra en la toma de decisiones que se fundamentan desde un triple aspecto jurídico, moral y político; de esta forma, la moral positiva aparece incluida como fundamento argumental del discurso jurisdiccional.

Explicar la objetividad de los derechos fundamentales implica pasar de una concepción absoluta a una situacional. Lejos de intentar convertir a los jueces en moralistas autoritarios, pretende llegar a un reconocimiento de los derechos sociales, porque sabemos que ellos permiten corregir situaciones que afectan a sectores marginados o discriminados, para que se construya una teoría constitucional adecuada a los países caracterizados por una profunda desigualdad social.

El discurso jurídico no puede dejar de hacer referencia a los derechos humanos no solo por la importancia jerárquica dentro del ordenamiento jurídico, sino también porque marcan un mínimo de posibilidad de consenso, necesario en todo proceso argumentativo, atento que conforman las pautas axiales de la actividad interpretativa, sobre las que debe contextualizarse en función de la correcta comprensión de las normas jurídicas, cuando son considerados como criterios de razonabilidad. Son la condición necesaria de legitimidad del discurso jurídico cuando este se pronuncia sobre alguna cuestión en la que el ordenamiento, se encuentre involucrado.

Estos derechos toman como fundamento los principios de la moral positiva, haciendo de esta forma posible obtener un mínimo de justicia, que debe ser reafirmado desde una esfera política, para que los consensos mínimos dejen de ser parte del discurso ideal y se transformen en realidades sociales.

La filosofía kantiana nos ha permitido reconocer en los principios de la dignidad de la persona y la autonomía personal los pilares sobre los que descansan los derechos humanos. Sin embargo, su validez objetiva depende de la maximización de sus posibilidades fácticas tendientes a la concreción

(6) Kant reconoce, que el poder siempre corrompe el ejercicio de la razón. Y que solo se puede conciliar la filosofía y la política, si el gobierno tiene como base el principio de la igualdad (KANT, 2007: 67).

material del discurso. Por lo tanto, dicha corrección depende de la aplicación de las Convenciones Internacionales en la creación de las normas particulares o mejor dicho en la sentencia judicial.

XI. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista, 1947. *El crimen de la guerra*. La Plata: Calomino.

ALEXY Robert. 2009. "Fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos S. Nino" en *Nexo*. Disponible en: www.cervantesvirtual.com (Fecha de consulta: 19/03/2014).

ALEXY, Robert, 1995. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

ALEXY, Robert, 2005. *Institucionalización de la justicia*. Granada. Comares.

ARANGO, Rodolfo, 2004. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

CONGRESO MUNDIAL DE LA ASOCIACIÓN DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DE LA FILOSOFÍA SOCIAL, 1997. La inserción de la persona humana en el estado democrático. Germán Bidart Campos. Buenos Aires: Argentina.

COSSIO, Carlos, 1987. *Radiografía de la Teoría Ecológica*. Buenos Aires: Depalma.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, 2004. *Derechos Humanos e injusticias cotidianas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KANT, Manuel, 2007. *Hacia la paz perpetua, un proyecto filosófico*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

KANT, Manuel, 2004. *Teoría y praxis*. Buenos Aires: Leviatán.

KELSEN, Hans, 2006. *¿Una nueva ciencia de la política?* Buenos Aires: Katz.

KELSEN, Hans, 2003. *La paz por medio del derecho*. Buenos Aires: Losada.

MANILL, Pablo Luis, 2003. *El bloque de constitucionalidad*. Buenos Aires: La Ley.

NINO, Carlos Santiago, 1989. *Ética y derechos humanos*. 2da edición. Buenos Aires: Astrea.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, 2005. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y teoría del derecho*. Lima: Palestra.

PETTORUTI, Carlos Enrique y SCATOLINI Julio César, 2005. *Elementos de introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

RADBRUCH, Gustav, 1992. *Relativismo y derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

SCARVINO, Dardo, 2007. *La filosofía actual*. Buenos Aires: Paidós.

SIECKMANN, Jan Reinard, 2006. *El modelo de los principios del derecho*. Buenos Aires: Universidad Externado de Colombia.

SMITH, Juan Carlo, 1998. *El desarrollo de las concepciones iusfilosóficas*. Buenos Aires: Depalma.

VILANOVA, José Manuel, 1993. *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

VILLAR BORDA, Luis, 2004. *Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

WALTER, Robert, 2001. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.