

# DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

## EL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO EN EL DERECHO COMPARADO

Por:  
Libardo Orlando Riascos Gómez  
Doctor en Derecho  
[Lriascos@udenar.edu.co](mailto:Lriascos@udenar.edu.co)  
2008

---

### LOS MARCOS CATEGORIALES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO: AVANCES PARA LA DISCUSIÓN SOBRE LA INVERSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

Por

Norman José Solórzano Alfaro\*\*

#### Resumen:

¿Por qué el pensamiento jurídico moderno no ha sido capaz de dar debida cuenta de los derechos humanos, viabilizando la conformación de un sistema de garantías efectivas? La pregunta ha sido planteada de diversas maneras y desde perspectivas varias. Pues bien, lo que se pretende en el presente ensayo es abrir un frente de reflexión y diálogo sobre esa precariedad autoimpuesta de nuestro saber sobre lo jurídico. En este primer acercamiento se aborda el problema de las doctrinas y paradigmas que sustentan la construcción normativista legalista de la Teoría General del Derecho predominante en el siglo XX, desde todo punto de vista deudora de Hans Kelsen, con particular énfasis en el problema axiológico y la solución que dicho autor da frente a las exigencias de una elección racional respecto de los juicios de valor sobre la Justicia. Para el autor de referencia, las cuestiones sobre la Justicia, donde quedan ubicados los derechos humanos, son inmunes a cualquier juicio racional sobre ellas, por lo que están libradas a las preferencias subjetivas; esto lo sustenta desde el postulado lógico de la ley de Hume y el postulado epistemológico de que las ciencias en sentido riguroso, en cuanto basadas en el principio de causalidad, no pueden discernir sobre cosas que no sean empíricamente comprobables. Por el contrario, en el presente ensayo se intenta ver las propias contradicciones a las que se llega en el pensamiento jurídico moderno por una adscripción casi ciega a esas posturas teóricas, y esto se hace desde una óptica diferente, deudora de la filosofía de la realidad histórica y adscrita a una racionalidad reproductiva.

En el ensayo *“La doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la ciencia”*, Hans KELSEN<sup>1</sup> vuelve a exponer los argumentos más relevantes contra las pretensiones teóricas o explicativas de la doctrina del Derecho natural. Con gran agudeza logra demostrar la falta de fundamento racional de dicha doctrina y, aunque este no es el propósito inmediato de ese ensayo, esboza las bondades epistemológicas de la doctrina del Derecho positivo, como única vía racional para la jurisprudencia. Sin lugar a dudas, la crítica kelseniana a la doctrina del Derecho natural es uno de los esfuerzos más consistentes en el proceso por superar la “postración metafísica” de la jurisprudencia (por su excesivo conceptualismo), cuanto de lograr una emancipación teórica del saber sobre lo jurídico (la Ciencia jurídica).

---

\* El presente ensayo forma parte de una investigación amplia; respecto de la discusión sobre los marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno está compuesta por al menos otras dos partes. De ahí que, aún con los riesgos que esto implica, algunos conceptos no aparecen todavía ampliamente desarrollados en este avance. El programa tentativo se compondría así: esta primera parte referida principalmente a las doctrinas y paradigmas teóricos; una segunda parte sobre algunos de los esquematismos persistentes (crimen – castigo; matar – no matar; amigo – enemigo; bien – mal) que han servido para la negación del juicio y la inversión de la legalidad en el formalismo de la ley (legalismo, despotismo de la ley), y una última parte sobre los tipos o modos de la inversión ideológica. Todo esto como momento previo a la reconstrucción genealógica de la inversión en el pensamiento jurídico, particularmente en lo que hace a los derechos humanos y las vías para su recuperación. Asimismo, aprovecho la ocasión para agradecer a los compañeros y las compañeras del seminario libre sobre Filosofía y Derechos Humanos (Sevilla), por sus valiosas aportaciones y correcciones en este esfuerzo por repensar nuestros marcos categoriales.

\*\* Abogado costarricense.

<sup>1</sup> En *¿QUÉ ES JUSTICIA?*, (título del original *WHAT IS JUSTICE? Justice, Law and Politics in the mirror of Science*, edición española a cargo de Albert Calsamiglia). Barcelona: Ariel, 1991, pp. 64-112. Este volumen está compuesto con diversos trabajos, escritos en diversas fechas, pero todos ellos aluden a su crítica a las ideologías y a la exposición de sus presupuestos metodológicos y epistemológicos. Por consiguiente, cuando se cite o se transcriba parte de alguno de los otros ensayos, sólo se indicará el título específico a que corresponda en la primera referencia y en las siguientes se dará el número de página del volumen general.

Todo este esfuerzo se hace, sin embargo, desde unos particulares *marcos categoriales*. El propio Kelsen, con gran honestidad intelectual, muchas veces es claro en señalar desde qué lugar teórico habla; no obstante, no siempre parece ser consciente de hasta qué punto resulta deudor de determinadas doctrinas y paradigmas epistemológicos y cómo estos condicionan su pensamiento. Esto, por supuesto, no es algo que quite méritos a su obra teórica, siendo que ninguna persona está ajena a esta condición de *relativa* oscuridad o ignorancia de sus propios marcos categoriales<sup>2</sup>. En la misma línea, debo advertir que lo que aquí se hace no es una crítica *sin más*<sup>3</sup> a Kelsen. No quiero repetir aquella consigna que por siglos marcó los trabajos de filósofos y teólogos, consistente en *pretender* destruir el pensamiento de Spinoza como carta de presentación y validación para ingresar en el medio de “los que piensan” (G. Filangieri). En realidad, tomándole la palabra al propio Kelsen<sup>4</sup>, éste es un humilde homenaje a su esfuerzo por pensar lúcidamente esos problemas que a juristas y filósofos del Derecho nos son tan cercanos. Asimismo, el presente es sólo un ensayo exploratorio que quiere participar “del libre juego de argumentos y contraargumentos”, en nada acabado y que se alimenta de preguntas y dudas. Esto no es eludir la responsabilidad por el peso de lo que se pueda decir, sino postura metodológica. Finalmente, lo único que se pretende es abrir líneas de discusión sobre algunos de los problemas (teóricos y prácticos) a que nos enfrentamos constantemente.

Hechas esas advertencias previas, podemos pasar a las siguientes cuestiones. En el ensayo arriba indicado, Kelsen dice (cito en extenso):

“También se llama valor al fin que una persona espera alcanzar, pero en este caso el término ‘valor’ tiene un sentido subjetivo. Y cuando se trata de un valor último, no de un medio para un fin, entonces se habla del valor supremo. Las opiniones acerca de los fines últimos o supremos son muy variadas en este sentido subjetivo del término, y muy a menudo un valor supremo entra en conflicto con otro, como, por ejemplo, la libertad personal con la seguridad social, el bienestar individual con el bienestar de toda la nación. Esta situación se presenta cuando sólo se puede alcanzar uno de estos fines a expensas del otro. Entonces se plantea decidir qué fin es preferible o qué valor es superior y qué valor es inferior; en definitiva, cuál es verdaderamente el valor supremo.

“No podemos responder aquí a esta pregunta como responderíamos a las preguntas ¿Es más pesado el hierro que el agua?, ¿Es más pesada el agua que la madera? Esta última pregunta puede responderse de modo científico y racional acudiendo a la experiencia, pero la pregunta sobre el valor supremo en el sentido subjetivo del término sólo puede contestarse emocionalmente, a través de los sentimientos o los deseos del individuo que se la plantea. Un individuo puede inclinarse emocionalmente a preferir la libertad individual, otro, la seguridad social; uno, el bienestar del individuo, otro el de toda la nación. No puede demostrarse, mediante consideraciones de tipo racional, que uno tiene razón y el otro está equivocado. Por tanto, se dan de hecho sistemas morales y jurídicos muy distintos, mientras que sólo existe un sistema de la naturaleza. Lo que es bueno según un sistema moral puede ser malo según otro, y lo que se considera crimen dentro de un sistema jurídico puede considerarse perfectamente lícito dentro de otro. Lo cual supone que los valores que consisten en adecuarse o no a un sistema existente, moral o jurídico, son relativos. Sólo existe un sistema moral o jurídico exclusivo cuando se considera que la autoridad que dicta las normas es Dios, un ser absoluto y trascendental, y, en este caso, se considera un valor absoluto el obedecer estas normas.

“La doctrina del Derecho natural presupone un valor inmanente en la realidad, valor que es absoluto, o, dicho de otro modo, que existe una voluntad divina inherente a la naturaleza. Sólo partiendo de este supuesto se puede mantener la doctrina según la cual el Derecho puede deducirse de la naturaleza y que este Derecho es la Justicia absoluta. La concepción metafísica de la inmanencia del valor en la realidad natural no puede aceptarse desde el punto de vista de la Ciencia, ya que la doctrina del

<sup>2</sup> Con esto no busco hacer una exculpación anticipada de Kelsen, quien no la necesita en absoluto, sino declarar mi propia posición desde una perspectiva filosófica, procesual y holística, de la realidad histórica, desde la cual pretendo hablar.

<sup>3</sup> Más que un juicio sobre el caso *Kelsen*, lo que se pretende es mostrar una deriva teórica e ideológica posible, que en no pocos casos se ha presentado, por la adscripción a determinadas doctrinas o marcos categoriales. Un juicio de tal calibre sólo sería pensable en la consideración completa de la obra de un autor, y aquí sólo abordamos unos cuantos textos. En Kelsen podemos reconocer diversos momentos, en cada uno de los cuales fue mostrando mayor o menor apertura a consideraciones extranormativas como necesarias para la comprensión del fenómeno jurídico (véase la *nota 34 infra*), sobre el carácter de la norma hipotética fundamental. Pero, lo que tratamos de dilucidar respecto de estos pocos textos sigue siendo válido, no sólo para esos textos, sino para toda una forma de percibir el derecho y comprenderlo, que ha cimentado en la conciencia y las prácticas de generaciones enteras de estudiosos(as) y operadores(as) del derecho, lo que en términos generales podemos señalar como el paradigma normativista-legalista del derecho, vigente durante el siglo XX.

<sup>4</sup> Al final de su conferencia “¿Qué es Justicia?” (en *Vol. cit.*, pp. 35-63), con una muestra de exquisita sensibilidad, dice: “Dado que la democracia, por su naturaleza intrínseca, implica libertad, y la libertad implica tolerancia, no existe forma de gobierno alguna que sea más favorable a la Ciencia que ella. La Ciencia sólo puede prosperar en un clima de libertad. Y este clima de libertad no depende únicamente de una libertad externa, es decir, de su independencia respecto a cualquier tipo de influencia política, sino también de que exista libertad dentro de la Ciencia, del libre juego de argumentos y contraargumentos. Ninguna doctrina puede ser abolida en nombre de la Ciencia, ya que el alma de la Ciencia es la tolerancia./ (...) Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia” (pp. 62.63 – la cursiva es del original).

Derecho natural se basa en la falacia lógica que consiste en inferir el 'debe' a partir del 'es'. Las normas que aparentemente se deducen de la naturaleza, en realidad, se presuponen. Estas normas se basan en valores subjetivos que presentan a la naturaleza como legisladora. Al identificar las leyes de la naturaleza con las reglas jurídicas –pretendiendo que el orden natural es o contiene un orden social justo-, la doctrina del Derecho natural, como el animismo primitivo, concibe la naturaleza como parte de la sociedad.<sup>5</sup>

En este punto, el argumento central de la réplica contra la doctrina del Derecho natural<sup>6</sup> es que ella incurre en la denominada *falacia naturalista* –infracción de la *ley de Hume*-, la cual consiste en que:

“[n]o podemos hallar el valor real de un objeto o una conducta mediante el análisis de estos objetos. El valor no es inmanente a la realidad natural. De ahí que no pueda deducirse a partir de la realidad. El hecho de que algo exista no nos permite deducir que debe existir o debe hacerse. El hecho de que el pez grande se coma al pequeño no implica que la conducta del grande sea buena, ni tampoco mala. No existe inferencia del 'es' al 'debe', de la realidad natural a los valores morales o jurídicos.”<sup>7</sup>

Hacer tal inferencia es incurrir en un error lógico que, por lo demás, coloca dicho razonamiento en la órbita del pensamiento animista, el cual no ve la distinción básica entre el orden de lo natural y el orden de lo social.

En la argumentación de Kelsen se hace explícito tanto su esfuerzo secularizador<sup>8</sup> de la Ciencia jurídica como su adscripción a una posición afín al emotivismo ético, que deja liberadas las cuestiones valorativas, y con

<sup>5</sup> *Vol. cit.*, pp. 68-69 – los entrecomillados son del original.

<sup>6</sup> “La doctrina del Derecho natural se caracteriza por el dualismo fundamental entre Derecho positivo y Derecho natural. Por encima del Derecho positivo imperfecto creado por el hombre, existe un Derecho natural perfecto (absolutamente justo) establecido por una autoridad divina. Por tanto, el Derecho positivo queda justificado y es válido sólo en la medida en que corresponde al Derecho natural” (KELSEN, H., *Vol. cit.*, p. 70).

<sup>7</sup> KELSEN, H., *Vol. cit.*, p. 68 – los entrecomillados son del original.

<sup>8</sup> Esfuerzo que, sin embargo, queda inconcluso, pues no parece que se haya llevado hasta sus últimas consecuencias (véanse en el mismo volumen los ensayos: *Causalidad y retribución*, pp. 194-22; *Causalidad e imputación*, pp. 221-253). En términos generales, considero importante volver a discutir el alcance de la secularización moderna, toda vez que no parece haber logrado el objetivo de desacralizar la realidad histórica. “Una sociedad regida por las ciegas leyes de la concurrencia de todos y el provecho, en cambio, sólo de algunos, en el cual la inversión no es una función social, sino solamente algo propio de la empresa privada, es una sociedad incompatible con todo control consciente de sus fines. Esta sociedad es en todo el curso de la historia la primera que ha fraguado prescindiendo de todo proyecto civilizador./ Decir, como tanto se dice hoy, que desde el Renacimiento nuestras sociedades ‘occidentales’ se han desacralizado no pasa de ser un lugar común que por lo demás comprende un verdadero error. Una sociedad sacralizada es la que se funda sobre un valor absoluto, externo y superior a la voluntad de todos los individuos que la constituyen. Y así encontramos a las ciudades griegas y desde ellas a la sociedad romana en las cuales el culto público constituye y expresa como finalidad social la de respeto al orden divino. Cuando decae el Imperio romano es la Iglesia la que hereda tal función. Es significativo que el título de *pontifex maximus* (soberano pontífice) pasa del emperador al Papa. Durante más de un milenio, es decir, desde el emperador Constantino hasta el Renacimiento, nuestras sociedades occidentales tenían como fundamento la certeza de que existía un orden querido por Dios, de donde se concluía que todas las virtudes, bien personales, bien colectivas, se deducían de una exigencia capital: conformarse con este plan divino./ Después del Renacimiento, debido al desarrollo del comercio y tras él al de la industria, todos los aspectos de la vida humana, el económico, el político, el intelectual e incluso el moral, consiguieron su autonomía respecto a la anterior visión del mundo. Es decir, nuestra sociedad se secularizó y la religión vino como a reducirse al nivel de ‘asunto privado’. Pero no por ello quedó del todo desacralizada porque permaneció sometida a un fin absoluto exterior y superior a la voluntad de los individuos que la componían, aunque tal fin no tuviera un sentido religioso, el éxito de las empresas (tanto individuales como colectivas) aparece como un fin que se cierra sobre sí mismo” (GARAUDY, Roger. *LA ALTERNATIVA (título original “L’ALTERNATIVE”*. traducción de José María de Llanos y Gregorio Peces-Barba), Cuadernos para el Diálogo (EDICUSA), Madrid: 1973, pp. 64 – 65 – las cursivas y los entrecomillados son del original). La perspectiva que se percata de la sacralización de la realidad aparece, aunque en otros términos, cuando se denuncia el “orden que se impone a espaldas de los sujetos” (F. J. Hinkelammert), o bien, cuando se critica la actual despolitización que supone la “lógica mundial de la economía”: “Por el contrario, la lógica del capitalismo, es decir, el rechazo efectivo por los dirigentes económicos de todas las formas de control político y social de sus actividades y de sus beneficios, se impone de un modo tan asombroso que por doquier se oye hablar de globalización, que no es más que un sobrenombre del capitalismo, pues quiere decir que ningún poder político, nacional o regional, puede oponerse a la lógica mundial de la economía. Esta despolitización de los problemas de una sociedad e incluso su desocialización, es decir, la explicación de todo por causas externas – no tiene remedio; [sic., insértese “.”] la hegemonía cultural estadounidense es irreversible y completa – son la causa directa de una degradación del Estado y de todo el sistema político que descansa en una viva conciencia de su impotencia” (TOURAINÉ, A., “Debilidad de las democracias”, en *EL PAÍS*. Edición para Andalucía, Año XXV, 12-11-2000, p. 21). Esa “viva conciencia de su impotencia” surge frente a una evidencia (juicio de hecho) de que no “hay alternativa” a la lógica de lo hechos (realismo político); Touraine queda igualmente perplejo y pretende hacer una crítica ideológica en el sentido clásico, pero esta es imposible cuando lo que se pretende criticar no tiene ninguna *pretensión de razón* (carácter fundante) y, además, es veraz, aunque esta veracidad sea cínica; es decir, con “globalización” y toda la nueva terminología neoliberal no se pretende ocultar nada, sino sólo se señalan hechos, y frente los hechos no cabe crítica ideológica, como bien lo señala F. J. Hinkelammert, lo que queda es confrontarlos con su lógica de destructividad mediante la postulación de un principio que afirme lo que ella niega (la vida). Todo esto tiene una influencia decisiva, por lo demás poco vista, para la pervivencia de los esquematismos antidemocráticos. En ese sentido, Franz J. HINKELAMMERT es de los pocos que se ha detenido en analizar el carácter sacralizado de la economía y la teoría política modernas (véanse sus: *Democracia y totalitarismo*. 2ª ed. San José: DEI, 1990, 273 págs.; *Crítica a la razón utópica*. San José: DEI, 1990, 275 págs.; *La fe de abraham y el edipo occidental*. 2ª ed. San José: DEI, 1991, 120 págs.; *Cultura de la*

ello los objetos mismos de la valoración, a las preferencias subjetivas, por cuanto no es posible formular un juicio racional sobre ellas. Esta posición axiológica tiene detrás el postulado lógico según el cual resulta imposible derivar el “debe” del “es” (y viceversa), y el postulado epistemológico de que las ciencias, en sentido riguroso, en cuanto basadas en el principio de causalidad, no pueden discernir sobre cosas que estén más allá del orden de lo natural y que no sean empíricamente comprobables.

Son estos referentes categoriales, en cuanto marcan toda la argumentación kelseniana, los que quiero empezar a discutir, así como algunas de las consecuencias de sus adscripciones teóricas.

- I -

Confrontando los postulados ético-sustancialistas de la doctrina del Derecho natural, Kelsen sostiene que toda vez que sean dados dos valores considerados supremos por distintos interlocutores<sup>9</sup>, siendo que “... sólo se puede alcanzar uno de estos fines a expensas del otro ...”, se plantea un conflicto por virtud del cual se debe decidir “... cuál es verdaderamente el valor supremo”. Además, en este ámbito no se puede argüir ninguna razón para inclinar la balanza en favor de uno u otro de esos valores. Así planteadas las cosas, el problema resulta racionalmente (y científicamente) irresoluble; por lo tanto, la solución, según una posición axiológica cercana o claramente inscrita en la corriente del *emotivismo ético*<sup>10</sup>, está en atender las preferencias o intereses (emociones en sentido amplio) de los sujetos, pues “[n]o puede demostrarse, mediante consideraciones de tipo racional, que uno tiene razón y el otro está equivocado”. De entrada, el planteamiento del problema parece nítido, sin otra complicación más que la implicada por el principio lógico de no contradicción. Pero algo no deja de ser chocante e inquietante.

En ese mismo ensayo formula su crítica a la dialéctica hegeliana. La base de su argumentación vuelve a ser la proposición de la *separación* radical y absoluta entre el “es” y el “debe”, cosa que, según él, Hegel obvia por completo en un vano intento de fundar su Teología de la Historia. Al considerar que el valor es inmanente a la realidad, Hegel proyecta las leyes del pensamiento a los fenómenos físicos y deriva de las cuestiones empíricas conclusiones lógicas. Dice Kelsen:

“Este punto de vista –a saber, que el valor es inmanente a la realidad–, que en la doctrina del Derecho natural conduce a la falsa conclusión de que lo que ‘es’ ‘debe ser’, es la base fundamental de la falacia de la dialéctica hegeliana: la identificación de la relación entre las fuerzas opuestas en la realidad externa con la relación entre las proposiciones contradictorias en el pensamiento. La relación entre dos fuerzas opuestas que tienen por resultado un movimiento definido en la naturaleza y en la sociedad no tiene nada que ver con una contradicción lógica. Los fenómenos a los que aludimos pueden y deben describirse mediante afirmaciones no contradictorias que se ajusten completamente a los principios de la antigua lógica.”<sup>11</sup>

Sin pretender quebrar ninguna lanza en favor de Hegel, sólo quiero recordar que múltiples estudiosos de la lógica, en este final de siglo, han asumido posiciones más flexibles que las que el mismo Kelsen estaría dispuesto a admitir. Además, como trataremos de mostrar más adelante, su misma argumentación en punto al *conflicto de valores* pareciera estar afectada por el mismo vicio, pues de la contradicción empírica que él ve –y que es real–, hace derivar una contradicción axiológica.

De esta forma, aún si jugáramos con las mismas leyes del juego lógico presupuestas por Kelsen y aceptáramos la separación radical entre las distintas esferas de la realidad<sup>12</sup>, no encontramos el motivo por el

---

*esperanza y sociedad sin exclusión*. San José: DEI, 1995, 387 págs.; *El mapa del emperador*. San José: DEI, 1996, 277 págs.; *El grito del sujeto. Del teatro-mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*. San José: DEI, 1998, 286 págs).

<sup>9</sup> O bien, por un mismo sujeto, da lo mismo a los fines del argumento, toda vez que se trata de una cuestión que parece ocurrir en la mente de los individuos y no alcanza, por ejemplo, el ámbito de sus necesidades reales.

<sup>10</sup> Esta adscripción doctrinal forma parte de una argumentación recurrente en la obra de Kelsen, por ejemplo, es la clave con la que elabora la argumentación en la conferencia homónima del volumen indicado: “El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas [sobre los diversos significados del término “justicia”] es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo” (*Vol. cit.*, p. 39).

<sup>11</sup> *Vol. cit.*, p. 108 – los entrecomillados son del original.

<sup>12</sup> Una máxima sapiencial dice: “es de sabios *distinguir*, pero no separar”. Como es evidente, sostenemos la distinción entre ética y moral, y el postulado de filiación ilustrada de la distinción básica entre derecho y moral. Empero, la racionalidad instrumental, con su lógica constrictiva, que en el imaginario científico moderno pretendió agotar toda la racionalidad, impuso a la modernidad la *lógica del fragmento*, es decir, una dinámica de segmentación autista y esquizofrénica de la realidad; así, se separó la economía de la política, el derecho quedó excluido y constituyó casa aparte de la ética, la moral quedó como último refugio del poder religioso, etc. Para los fines del conocimiento, que aunque parece un postulado eminentemente gnoseológico, tiene gravísimas connotaciones políticas, también se segmentó la práctica de la teoría, en la primera se dispusieron los saberes y acciones operativas y en la segunda se recargaron los especulativos. Esto explica, entre otras cosas, por qué es tan común la consideración de una axiología separada de las cuestiones prácticas; todavía más, por qué el discurso axiológico se articula abstractamente. En el caso del derecho, el mismo trialismo jurídico, por mencionar un intento con pretensiones integradoras, que ve en aquél un momento fáctico, otro valorativo y otro normativo, lo hace únicamente como abordaje metodológico, pero no como la realidad sustantiva del derecho (el derecho no tiene realidad sustancial, de ello pueden olvidarse todos los

cual llega a afirmar que en el ámbito del *valer* o de los fines (axiológico) hay una contraposición lógica entre dos valores-fines considerados supremos, como "... la libertad personal con la seguridad social, el bienestar individual con el bienestar de toda la nación".

La contradicción que se puede plantear en el ámbito de los valores es la que existe entre un valor y su correspondiente antivalue, dado el carácter (bi)polar de los valores; así, la contradicción entre la libertad personal con la falta de libertad o determinación, entre la seguridad social con la falta de seguridad social o injusticia social; pero no hay contradicción entre dos valores diversos, como la libertad y la seguridad<sup>13</sup>. Desde otra perspectiva, podríamos hablar de una tensión (dinámica) al interior de los valores mismos, que va de su valor (+) a su antivalue (-). En esa tensión hay una *dominancia* de un polo respecto del otro, en conformidad con la cual, en cada caso, se asigna el carácter de positivo o negativo a uno u otro polo. Ahora bien, contra toda idea sustancialista, ni siquiera esa *dominancia* es un automatismo teórico (aunque discursivamente funcione como tal), ni es un presupuesto axiológico, sino que se establece a partir de una determinada configuración histórico-práctica. Es decir, cuando uno u otro polo o ambos a la vez encarnan (son encarnados) como disposiciones políticas respecto de las cuales se articulan estrategias y se ordenan los recursos de una institución, colectivo, sociedad, etc., devienen valores diferenciados, susceptibles de entrar en colisión con otros valores, sobre todo con aquel de signo contrario. Pero, como se puede ver, la contradicción sigue siendo práctica, pues lo que a nivel axiológico ha sucedido es, únicamente –no por ello menos importante–, un intercambio (*transvalorización de los valores*) en la asignación de los caracteres positivo (+) y negativo (-). Y he dicho que esto no es menos importante pues, una vez configurado<sup>14</sup> discursivamente el *universo axiológico*<sup>15</sup>, éste tendrá un innegable impacto performativo en la praxis.

### Excursus I

En las diversas corrientes doctrinales sobre el fenómeno axiológico se plantea el asunto del *orden jerárquico*<sup>16</sup> del conjunto de los valores. Esto puede ser recibido sin mayor problema; pero, la cuestión se complica cuando, desde la perspectiva de una racionalidad instrumental, se considera la relación entre los valores *exclusivamente* según el esquema medio – fin. Tampoco se trata, como parece suponerlo Kelsen, de una supuesta *contradicción* entre valores, en virtud de la cual un valor debe ceder excluyentemente frente a otro. La cuestión, más bien, radica en la disposición (*jerarquía*) de los valores en el *universo axiológico*. En todo caso, si un valor deviene medio para alcanzar otro valor, éste último se constituye en fin y, por tanto, en valor superior respecto del primero; pero ambos valores ocuparán siempre un lugar en esa disposición jerárquica. Además, sucesivamente se podrá establecer unas cadenas medio – fin más o menos largas, más o menos complejas, en las cuales unas veces un valor aparecerá como medio y otras como fin y, por ende, como superior respecto de aquel que le sirve de medio, todo de conformidad con cada corriente doctrinal; esto es así aún cuando cada corriente doctrinal, a su vez, considere superior uno u otro valor<sup>17</sup>.

Es más, simplificando en extremo y sin detenerme en las múltiples variantes, por relevantes que sean, según las diversas corrientes doctrinales, el problema se puede enfocar así:

- Desde el *objetivismo o cognoscitivismo axiológico*: si los valores existen por sí mismos y son autoevidentes, cuál sea el valor absoluto es un problema de conocimiento; es decir, en el carácter

---

iusnaturalistas, pero en el proceso histórico se constituye como *experiencia jurídica* – Capograssi – que es lo que lo constituye sustantivamente). Ahora bien, en los términos de la argumentación kelseniana, se asume esa *separación* radical entre teoría y práctica, consecuentemente, entre un carácter axiológico (valórico y subjetivo) y otro positivo (normativo y objetivo) del derecho.

<sup>13</sup> Desde una perspectiva eminentemente teórica, esta falta de contradicción ha podido quedar demostrada en los postulados de algunas tendencias del anarquismo teórico, que hacían convivir la libertad absoluta con la plena satisfacción de las necesidades (seguridad social, justicia social) por la ley del amor. Es más, teóricamente no hay oposición entre esos valores y hasta se puede predicar una complementariedad entre ellos. Lo mismo se puede encontrar en la base teórica del abolicionismo penal. Otra cosa es que se quiera realizar empíricamente tales valores, pues esto se deberá efectuar en el marco del producto social de una determinada sociedad. En este punto si aparece la contradicción, por las distintas exigencias materiales que unos y otros valores (más propiamente: que unos y otros sujetos que pretenden realizarlos consideran indispensables) conllevan, y las limitaciones propias (naturales e históricas) de esos contextos de realidad.

<sup>14</sup> No se trata de una sucesión cronológica, sino de la sincronía de los momentos constitutivos.

<sup>15</sup> Con la expresión "universo axiológico" hacemos referencia al subsistema de realidad de los valores, que sólo en la integralidad del sistema de realidades (realidad histórica) tiene sentido. Sobre la configuración sistemática de la realidad histórica, véase ELLACURÍA, Ignacio. *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA Editores, 1990, pp. 606. Para una introducción al pensamiento ellacuriano respecto de los derechos humanos véase: SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio. *Ellacuría y los derechos humanos*. Bilbao: Descleé de Brouwer, 1998.

<sup>16</sup> Para todos los efectos, que *orden jerárquico* de los valores y *contradicción* de valores sean cuestiones análogas tiene un efecto eminentemente ideológico (en sentido de falsificador y oscurecedor).

<sup>17</sup> Es llamativo el hecho que Kelsen no vea la misma *supuesta* contradicción entre los denominados por él valores objetivos o juicios de valor jurídico, aquellos que expresan la relación entre una conducta y una norma general, aún cuando sostiene su jerarquización. "Los juicios de valor jurídicos presentan una estratificación que corresponde a la de las normas jurídicas. Dado que cualquier juicio de valor jurídico expresa una relación entre una conducta humana y una norma jurídica, estos juicios forman un sistema que presenta la misma estructura que el sistema de normas jurídicas" (*Los juicios de valor en la Ciencia del Derecho*. en Vol. cit., p. 141). Lo cierto es que, aun cuando ve una jerarquización, se ciega al principio que la opera y la ve como un automatismo reflejo.

ontológico de los mismos valores está ya su disposición en la jerarquía axiológica. La pregunta por el valor absoluto, pues, sólo remite al ámbito de oscuridad o de ignorancia del (de los) sujeto(s), más que a un dato que pueda alterar el orden jerárquico de los valores.

Según la óptica no cognoscitivista podemos señalar:

- Desde el relativismo cultural o culturalismo: si los valores son relativos a los contextos culturales que los producen y ostentan, el orden de importancia de los valores conforme al cual se jerarquizan unos valores respecto de otros está determinado por el propio contexto cultural. Luego, el valor absoluto será el mismo contexto cultural, que opera como la autoridad máxima y en función de la cual se ordenan todos los demás valores.
- Desde el relativismo analítico y el emotivismo: si los valores no existen como entidades, sino que cuando aparecen en el discurso se trata más bien de valoraciones; es decir, ya sea la expresión semántica de un estado mental, o bien, la verbalización de una preferencia emocional del (de los) sujeto(s). Consiguientemente, el orden que asuman tales valoraciones estará dado, igualmente, por esas preferencias subjetivas. Teniendo en cuenta el modelo individualista que subyace a estas corrientes doctrinarias, la solución que cada sujeto siga resulta, en realidad, irrelevante, ya que ninguno puede aspirar a constituir un orden que constriña a los otros a seguir sus preferencias.

Lo que he querido poner de manifiesto en esta revisión tan sucinta es una cuestión importante para el desarrollo posterior (que aquí sólo queda enunciado en sus grandes trazos) sobre el problema de la *inversión ideológica* de los derechos humanos. Es el asunto que, respecto a la cuestión axiológica, en la argumentación kelseniana, por una pretensión analítica y antimetafísica, no sólo se asumen los valores en su aspecto semántico y meramente conceptual, sino que al sacar la discusión axiológica del contexto de la fundamentación/justificación obvia el problema del fundamento de los valores, del derecho objetivo o positivo, de los derechos humanos, etc. Consiguientemente: (1) se llega a despojar los derechos humanos de su condición de *modos de vida* (dimensión práctica en la que adquieren *pertinencia* los valores) y se los reduce a meras cuestiones valóricas; (2) se *transforman* las diferencias entre un valor y otro en *oposiciones irreductibles* según los esquematismos amigo – enemigo, bien – mal, siendo esta secuencia la estrategia de la inversión ideológica de los derechos humanos.

- \* -

La contradicción que se plantea entre dos valores diversos – para seguir con la forma del planteamiento kelseniano-, en cambio, se da en el plano de las concreciones históricas, cuando unos individuos, colectivos, instituciones, etc., pretenden realizar un valor y otros individuos, colectivos, instituciones, etc., buscan realizar un valor distinto. De esta forma, el problema, propiamente, está ubicado en el plano de la lucha ideológica y de los sistemas políticos a ella adscritos, por ejemplo el liberalismo y el socialismo. En otra parte Kelsen afirma:

“Las normas que se usan en realidad como modelos de Justicia varían entre los individuos y a menudo son mutuamente irreconciliables. Por ejemplo, el liberal considera que el ideal de Justicia es la libertad (es decir, cree en la norma según la cual todo el mundo debe gozar de libertad), mientras que el socialista ve el ideal en la igualdad (es decir, cree en la norma según la cual todo el mundo debe gozar de un mismo bienestar económico). Si es imposible que estos dos ideales se realicen simultáneamente, el liberal prefiere la libertad a expensas de la igualdad, mientras que el socialista prefiere la igualdad en perjuicio de la libertad.”<sup>18</sup>

Lo interesante de todo esto es que, por un lado, ubica la polémica en el plano de la confrontación entre dos sistemas político-económicos diversos, dos ideologías de signo contrario, en este caso el modelo individualista del liberalismo y el de la economía planificada del socialismo, en tanto cada uno cree responder a una norma de signo contrario<sup>19</sup>; es decir, sea por la referencia a los modelos político-económicos concretos o por la remisión a unas presupuestas normas, estamos en un plano objetivo, según los criterios de objetividad que sigue Kelsen. Por otro lado, en éste como en los párrafos transcritos a la altura de las notas 6 y 11 (*supra cit.*), de manera cuasi-mecánica, el problema es *desplazado* y subsumido en un ámbito “subjetivo” en el cual el significado de los términos (valor, Justicia, etc.) está dado únicamente por las inclinaciones emocionales de los sujetos<sup>20</sup>.

Es claro que en Kelsen, como en la mayoría de las doctrinas iusfilosóficas de nuestros días, o las mismas teorías del conocimiento al uso<sup>21</sup>, lo de “subjetivo” no es por referencia al (a los) sujeto(s) como ser(es)

<sup>18</sup> Vol. cit., p. 149.

<sup>19</sup> En realidad, nunca he entendido que se deban asumir como *contrarias* las cosas que, simplemente, son *distintas*.

<sup>20</sup> Es cierto que no *debemos* confundir lo que queremos individualmente con las aspiraciones intersubjetivas de un colectivo, así como tampoco *debemos* imponer las convicciones personales como normativas para una generalidad, ni *debemos* confundir las concreciones históricas con los ideales que las impulsan. Pero, lo menos que *puede* provocarnos esa suerte de *desplazamientos* arbitrarios de los problemas tratados es una cierta sombra de duda. Por otra parte, si todavía consideramos útil (en términos del conocimiento y, particularmente, en lo que hace a la discusión sobre los derechos humanos) la distinción *objetivo – subjetivo*, ésta no puede ser entendida en la forma simple de la teoría del conocimiento clásica.

<sup>21</sup> Para una crítica de las teorías del conocimiento tradicionales, véase SCHAFF, Adam. *Historia y verda*. Crítica, 1991.

corporal(es), sino que se predica de las ensoñaciones, preferencias, deseos, en fin, del ámbito de una fantasía que se asume como irrealidad. Es más, esto queda reafirmado cuando, más tarde, emerge un “sujeto” (abstracto) cuyo predicamento es hacer una elección sobre esas cosas irreales, fantasiosas o subjetivas, siendo que, *desde la misma perspectiva que lo postula*, está imposibilitado de formular un juicio racional respecto de ellas, pues tal juicio sólo es susceptible respecto de cosas objetivas.

En recibo de lo anterior, la teoría jurídica extrema este desplazamiento del sujeto corporal, del sujeto viviente, cuando le niega la primacía como criterio a partir/al servicio del cual se realiza el derecho. Por el contrario, asume el criterio *ex parte principii* y postula la primacía<sup>22</sup> de la norma<sup>23</sup>, que ahora aparece como configurante de la persona como sujeto de derecho. En Kelsen, por ejemplo, “persona”<sup>24</sup> es “centro de imputación de derechos y deberes”; por eso es posible anular al sujeto corpóreo viviente como sujeto de derecho y en su lugar poner un sujeto abstracto (ficción), creado por el mismo Ordenamiento jurídico. De esta forma, jurídicamente hablando, la persona no puede demandar o interpelar la ley (F. J. Hinkelammert), sino que le debe sumisión. En este autor, como en N. BOBBIO (*TEORÍA GENERAL DEL DERECHO, Debate, 1991, 278 págs.*)<sup>25</sup>, al hacer del saber sobre lo jurídico un saber competente (Ciencia jurídica) sobre la norma y el Ordenamiento, dejan de hablar del sujeto como sujeto corpóreo, sujeto necesitado, en virtud del cual/al servicio del cual se constituye el derecho. Por consiguiente, en el análisis jurídico las normas jurídicas se postulan sin referencia a ningún sujeto(os) viviente(s), la conducta humana de la que habla la norma es sólo aquella definida por la norma misma (solipsismo de la norma) y el análisis jurídico todo deviene tautológico<sup>26</sup>. Este es un cambio análogo al operado en la teoría económica, que deja de hablar de la realidad como realidad de los sujetos corpóreos (los animales de realidades, como diría I. Ellacuría).

“Esta transformación neoliberal de la teoría económica liberal (y la neo-clásica), es una teoría que no habla más de la realidad. Habla únicamente de la institución del mercado, sin referirla en lo más mínimo a realidad concreta alguna en la cual los mercados se desenvuelven. Vistos desde la teoría neoliberal, los seres humanos no tienen necesidades sino apenas propensiones a consumir, inclinaciones psicológicas que originan sus demandas. Ellos se desenvuelven en una naturaleza que no es más que un objeto de cálculo. No tienen tampoco ninguna necesidad de ésta, sino sólo inclinaciones psicológicas hacia ellas. Con eso la realidad se desvanece, y el sujeto humano concebido por la teoría neoliberal es un perfecto solipsista.”<sup>27</sup>

Entonces, ¿cómo el sujeto puede interpelar la ley, el Sistema jurídico, etc., si es éste el que lo hace ser? Desde el positivismo legal, el sujeto no puede reclamar derechos frente el Sistema jurídico, sino que éste le otorga derechos, a los cuales debe someterse y cuya infracción traerá inexorablemente el castigo<sup>28</sup>. Por lo que

<sup>22</sup> Lo que decimos sobre la primacía de la norma positiva se mantiene, aunque con la teoría institucionalista (S. Romano, A. Hauriou, H. Kelsen), por ejemplo, se tenga la consideración sistemática del Ordenamiento jurídico como principio de validez y eficacia de las normas particulares. Esto es así por cuanto junto con el Ordenamiento jurídico, se postula su clausura sistémica y como resultado de ésta su autonomía y la prescindencia o abdicación de su fundamentación. En el orden de las ficciones, una extrema es el intento de extrapolar la idea de *autopoiesis* (acoplamientos estructurales – H. Maturana) al Ordenamiento jurídico, pero cambiándole su sentido, ahora como auto-reproducción y auto-regulación (N. Luhmann) del propio Sistema jurídico. Todavía más, sea de la norma particular, sea del entero Ordenamiento jurídico, lo cierto es que la primacía le está negada al sujeto humano, como sujeto corporal viviente.

<sup>23</sup> Que en *tiempos* de la codificación y el derecho legislado, se expresa como (se la extrae de la) ley legislada.

<sup>24</sup> Obviamente, no se hablará más de *persona humana*. Para una comprensión del carácter de la persona humana, véase ELLACURÍA, I., *Op. cit.*

<sup>25</sup> Al señalar a estos dos autores no quiero decir que a ellos sea atribuible la *paternidad de la criatura*, sino sólo constato que son dos cimas del pensamiento jurídico del siglo XX y, por ende, representativos de lo que aquí se quiere exponer.

<sup>26</sup> “Si presuponemos que existe una norma que prescribe o permite cierto tipo de conducta humana, podemos describir la conducta como la que se adecua a la norma presupuesta y la conducta incorrecta como la que no se adecua. Entonces podremos decir de una conducta humana determinada que entra o no dentro de la definición de conducta correcta y que, según ella, es una conducta correcta o incorrecta. Pero sólo podrá entrar en la definición si está de acuerdo con la norma presupuesta. (...) La función que deben cumplir las autoridades legales no es conocer o describir la ley, sino prescribir o permitir una conducta humana y de ahí hacer la ley. La ciencia jurídica es la que tiene como función conocer y describir la ley. Reviste gran importancia la distinción entre la función de la autoridad legal y la de la ciencia jurídica, entre normas legales y reglas de Derecho” (KELSEN, H., *Vol. cit.*, p. 224).

<sup>27</sup> HINKELAMMERT, F. J., *El grito del sujeto...*, p. 238.

<sup>28</sup> “Dado que la conexión entre delito y sanción queda establecida por una prescripción o una autorización, es decir, por una ‘norma’, la ciencia jurídica describe su objeto mediante proposiciones en las cuales el delito está relacionado con la sanción mediante la cópula ‘debe’. Yo mismo he sugerido llamar ‘imputación’ a esta conexión. Este término traduce el término alemán *Zurechnung*. Decir que un individuo es *zurechnungsfähig* (‘responsable’) significa que puede aplicársele una sanción en el caso de que cometa un delito. Decir que un individuo es *unzurechnungsfähig* (‘irresponsable’) – por ser niño, por ejemplo, o enfermo mental – significa que no puede aplicársele sanción alguna si comete un delito. Con más precisión, podemos afirmar que en el primer caso la sanción está relacionada con una conducta determinada considerada delictiva, mientras que en el segundo caso la sanción no está relacionada con una conducta de este tipo. La idea de imputación (*Zurechnung*) como conexión específica del delito con la sanción está implícita en el juicio jurídico que afirma que un individuo es o no es legalmente responsable (*zurechnungsfähig*) de su conducta. Por tanto, podemos decir que la sanción viene imputada por el delito, no que tiene por causa el delito” (KELSEN, H., *Vol. cit.*, pp. 224-225 – los entrecomillados y las cursivas son del original).

podemos ver, aquí se genera una de las más fuertes fuentes de *alienación* del sujeto como ser corporal, como ser viviente<sup>29</sup>.

Ahora –después de la anterior digresión necesaria – podemos ver donde se encuentra la posible contradicción: entre una realización (o intento de realización) y otra, más que entre los valores en cuestión; pues, en esos intentos de realización, ineludiblemente nos topamos con las condiciones materiales y simbólicas concretas sobre las cuales se ha de construir cualquier proyecto social (en un sentido muy amplio). Esta situación representa un límite al intento de realización simultánea de ambos valores *cuando éstos son asumidos como absolutos*. Luego, procediendo con el mismo criterio lógico, aquí nos encontramos de nuevo con un traslape o *desplazamiento*, ahora de las dimensiones discursivas, que consiste en derivar de una confrontación práctica una contradicción axiológica; esto es tan desdeñable como “... la falacia lógica que consiste en inferir el ‘debe’ a partir del ‘es’”.

Para resolver esa contradicción, que ahora vemos que es práctica y no axiológica ni lógica, la solución emotivista no es suficiente<sup>30</sup>. En el nivel práctico, que es donde definitivamente cuenta la solución que demos al problema, queda evidenciado como Kelsen no se da cuenta de, o no quiere ver, lo siguiente:

1. La afirmación de la imposibilidad de realizar empíricamente de manera simultánea dos valores no se puede hacer en abstracto, sino sólo en referencia a un marco de riqueza social determinado, y supuesto que efectivamente se quieran realizar dichos valores; entonces y sólo entonces, se funcionaliza un valor respecto de otro, que será el finalmente considerado como supremo.
2. En virtud de ese proceso, que hace que un valor considerado supremo ceda frente a otro valor igualmente considerado supremo, los valores terminan por ajustarse a un orden jerárquico.
3. Para proceder a esa *jerarquización* debe haber un *algo* (en este caso, otro valor) estable que sirva de referencia, *algo* que no sea uno de los elementos en la pugna; es decir, que se mantenga exterior a los valores en pugna. Este punto de referencia deberá ser externo, porque, de lo contrario, si fuera interno, tendría que jerarquizarse junto con y participar de la misma condición de los otros valores en pugna. Ese *algo* a partir del cual se jerarquizan los otros valores es el *principio de jerarquización*.
4. Luego, en última instancia, el principio de jerarquización se instaura como el valor absoluto y, en tanto que tal, no admite oposición, pues todos los demás valores le están funcionalizados. De otro modo, para poder reconocer cuál es el valor absoluto, en un determinado ámbito o contexto, no hay más que determinar<sup>31</sup> cuál se constituye como el *principio de jerarquización* de todos los valores supremos.

Para la construcción científica de su “Teoría pura”, Kelsen sigue este *principio de jerarquización*<sup>32</sup>. La norma hipotética fundamental es un supuesto<sup>33</sup> del pensamiento jurídico que se basa, a su vez, en el principio de efectividad<sup>34</sup>. Luego, este binomio *norma hipotética fundamental*– *norma básica general* son supuestos distintos (externos) a partir de los cuales se jerarquizan todas las normas legales positivas; es decir, son el principio jerarquizador del orden jurídico. Sin embargo, no voy a cometer aquí un anacronismo conceptual: Kelsen no conoce este *principio de jerarquización*, aunque trabaje con él; dicho principio es una adquisición posterior de las

<sup>29</sup> Esto nos llevaría a otra serie de consideraciones, pero desembocaríamos en el problema de los esquematismos (crimen – castigo, bien – mal) que subyacen en la construcción de la “norma jurídica”, por eso lo dejamos en este punto.

<sup>30</sup> No me interesa aquí explorar las objeciones que en el plano estrictamente axiológico se le pueden plantear al emotivismo, sino ver como definitivamente éste resulta insuficiente para dar una respuesta en el nivel práctico, particularmente a un problema tan vitalmente comprometido como el de los derechos humanos.

<sup>31</sup> Esto que se dice de una manera que puede parecer fácil, no lo es tanto, pues el principio de jerarquización generalmente aparece como intangible; su ocultamiento o invisibilización es parte de las funciones de legitimación que desencadena el orden que se cimenta sobre éste.

<sup>32</sup> “Por tanto, el orden legal dentro de un Estado es un sistema jerárquico de normas legales. Simplificando mucho, la situación es la siguiente: El nivel inferior lo constituyen las normas individuales creadas por los órganos aplicadores del Derecho, especialmente los tribunales. Estas normas individuales dependen de las leyes, que son las normas generales creadas por el legislador, y las normas consuetudinarias que constituyen el nivel superior siguiente dentro del orden jurídico. A su vez, estas leyes y normas consuetudinarias dependen de la constitución, que forma el nivel superior del orden legal considerado como sistema de normas positivas. Las normas ‘positivas’ son normas creadas por actos de los seres humanos. Las normas que pertenecen a uno de los niveles inferiores derivan su validez de las normas que pertenecen al nivel superior siguiente. Si se considera que el Derecho internacional no es un orden legal superior al Derecho nacional, la constitución de un Estado representa el nivel superior dentro de un orden jurídico nacional. En este caso, las normas constitucionales no reciben la validez de ninguna norma legal positiva, sino de una norma que el pensamiento jurídico ha presupuesto, la norma fundamental hipotética./ Los juicios de valor jurídicos presentan una estratificación que corresponde a la de las normas jurídicas” (KELSEN, H., *Vol. cit.*, p. 140 – 141 – el entrecomillado es del original).

<sup>33</sup> Cabe aclarar – como me lo ha señalado el profesor de la Universidad de la Plata, Alejandro M. Medici – que, en la última parte de su producción teórica, adoptando la perspectiva de la filosofía del *como sí* de Vaihinger, Kelsen llega a la conclusión de que su norma hipotética fundamental no es un postulado gnoseológico, sino que se trata de una ficción (véase KELSEN, Hans, “*La función de la Constitución*”, en MARÍ, Enrique E. *et. al.*, *Derecho y psicoanálisis*. Buenos Aires: Edicial, 1974, pp. 79-88).

<sup>34</sup> “El principio de efectividad es la norma básica general que el pensamiento jurídico presupone siempre que reconoce un conjunto de normas como la constitución válida de determinado Estado” (KELSEN, H., *Vol. cit.*, p. 144).



ciencias sociales. Empero, las preguntas que surgen se mantienen: ¿qué hay detrás de ese sesgo? ¿qué le impidió ver el mismo mecanismo de jerarquización operante en el orden normativo y de los juicios de valor jurídico respecto de los juicios de valor sobre la Justicia?

Si llevamos su argumentación al campo de los derechos humanos, toda vez que de esto está hablando el mismo Kelsen (libertad, seguridad social, etc.), nos encontramos con un problema adicional, a saber, que desde la óptica adoptada hay una tendencia a desvirtuar el carácter y la complejidad de los derechos humanos, que puede llevar a considerarlos meras formas semánticas, cuyo sentido o contenido estará dado por las inclinaciones emocionales de los sujetos, con lo cual, además, quedan excluidas de poder ser comprendidas en un juicio lógico<sup>35</sup>. Por otra parte, su preocupación central es la postulación y defensa de la constitución, como eje ordenador del Estado de derecho, y aunque considerara los derechos fundamentales como parte de su núcleo esencial, termina por reducirlos al aspecto formal normativo. Esto hace que desde su perspectiva, los derechos fundamentales sean *una parte* del Ordenamiento jurídico y su *tratamiento* quede diluido como un apartado más de la Dogmática.

No obstante, si desde otra perspectiva consideramos que: “[l]os derechos humanos resultan ser modos de vida y no simplemente estipulaciones valóricas que se pueden considerar fuera de la vida humana concreta, corporal y material”<sup>36</sup>, entonces puede verse claramente que:

1. En el nivel donde aparece radicada la pugna o contradicción, el nivel práctico, lo que determina que un valor pueda ser realizado es el tamaño del producto social; es más, independientemente de cuáles fueran las pretensiones y preferencias de los sujetos, cualquier intento de realización de un valor deberá tomar en cuenta sus límites de posibilidad que están dados por la riqueza social realmente existente.
2. La riqueza social tiene como nota básica las posibilidades (*potentidad*, en el sentido de I. Ellacuría) de la naturaleza misma, y está prefigurada por las relaciones materiales y simbólicas de producción y reproducción social. Esto es lo que se denomina *condiciones materiales de posibilidad* (F. J. Hinkelammert). Entonces, es el plexo de condiciones materiales el que posibilita fácticamente (*principio de factibilidad*<sup>37</sup>) la realización de cualquier valor.
3. Ahora bien, si por una parte la naturaleza<sup>38</sup> nos viene dada, en cuanto nota básica de la realidad histórica (I. Ellacuría), por otra es trascendida *en* las relaciones socio-económicas que *disponen*<sup>39</sup> de ella. Luego, en realidad el valor absoluto será ese plexo de relaciones socio-económicas y su

<sup>35</sup> En realidad, lo que Kelsen hace es seguir un rumbo muy cercano al de la orientación analítica *más dura*, nominalista y escéptica, como el de los pensadores del Círculo de Viena.

<sup>36</sup> HINKELAMMERT, Franz J., “Democracia, Estructura Económico-Social y Formación de un sentido común legitimador” en *Democracia y totalitarismo*. p. 138.

<sup>37</sup> “[A]sí como el conjunto de todos los fines posibles aparece a partir del conocimiento por las ciencias naturales del universo exterior al hombre, del mismo modo aparece ahora un universo económico que condiciona los fines realizables por la necesidad de inscribirlos en el producto social de la economía. Es decir, todos los fines posibles tienen condiciones materiales de posibilidad, y el producto social es el universo en el cual los fines por realizar se disputan sus condiciones materiales. Independientemente de la voluntad humana y de las capacidades subjetivas de realización, las condiciones materiales de la posibilidad, cuyo conjunto es el producto social, obligan a una selección de los fines efectivamente enfocados y realizados. Proyectos técnicamente posibles se vuelven económicamente posibles, en cuanto pueden recurrir a un espacio en este universo económico del producto social y, por tanto, contar con sus condiciones materiales de posibilidad” (HINKELAMMERT, Franz J., *Critica a la razón utópica*. p. 238). Desde una *racionalidad reproductiva* y no meramente instrumental, el principio de *factibilidad material* responde a la pregunta de la legitimidad interna de la acción tendente a la realización de un valor o fin. Luego, este es un principio necesario, pero insuficiente para justificar cualquier proyecto o acción, ya que estos deben venir justificados externamente por su correspondencia con las aspiraciones del proyecto de vida (*factibilidad ética*). “Por lo tanto, la decisión sobre los fines es una decisión sobre la concreción del proyecto de vida de los sujetos, y no se agota en una relación formal medio-fin. Toda esta relación medio fin es el medio en el cual se realiza un proyecto de vida, esto es, el proyecto de vida engloba esa relación y la trasciende. Al nivel reducido de la relación medio-fin puede haber neutralidad valórica, pero ella es imposible al nivel del proyecto de vida que la engloba. En efecto, dado que únicamente un sujeto vivo puede proyectar y realizar fines, la elección de éstos necesariamente está subordinada a la vida del sujeto. En consecuencia, no todos los fines concebibles técnicamente y realizables materialmente según un cálculo medio-fin, son también factibles; sólo lo es aquel subconjunto de fines que se integran en algún proyecto de vida. Es decir, fines que no son compatibles con el mantenimiento de la vida del sujeto mismo, caen fuera de la factibilidad. Cuando se realizan, acaban con la vida de aquel que los realiza, con el resultado de que ya no se pueden realizar más fines. Así pues, se pueden realizar fines fuera de esta factibilidad, pero su realización implica la decisión de acabar con un proyecto de vida que engloba todos los proyectos específicos de fines. Es una decisión por el suicidio” (*Ibid.*, pp. 239-240). En el mismo sentido SANCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en américa latina*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 1999, pp. 187-191.

<sup>38</sup> Esa naturaleza, tal como la percibimos en los límites físicos del planeta Tierra, es sólo en tanto nota básica de la realidad histórica del *animal de realidades* (ser humano); por lo mismo, bien puede dar lugar a (ser *nota básica de*) otras formas de realidad. Por eso, lo que aquí llamamos *naturaleza* es a la forma en que el ser humano trasciende *en* el lugar (espacio-temporal) del cosmos que ocupa. Luego, en nuestro estadio de evolución histórica, este nivel de formalidad está performado por unas determinadas relaciones históricas (sociales, económicas, políticas y culturales).

<sup>39</sup> Para I. ELLACURÍA (*Op. cit.*) esta *disposición* está referida a una *transformación adaptativa* del medio a los fines y necesidades del animal de realidades (ser humano). En este punto específico, usamos el término más bien en el sentido de organización; es decir, unas relaciones socio-económicas que disponen un orden (jerarquía) de los bienes naturales y las producciones humanas.

pervivencia. Este valor absoluto<sup>40</sup> está en el orden de las cosas indecibles<sup>41</sup>, más allá de las preferencias de los sujetos que se encuentren y prefieran mantener el orden que, a su vez, les posibilita la realización de sus preferencias y valoraciones.

Como resulta claro, aquí no se desdice el “relativismo” ni el “subjetivismo” de las diversas *elecciones* axiológicas; todavía más, con lo señalado quedan reafirmados, pero en un sentido diverso. No obstante, se saca la discusión de los derechos humanos del enmarque analítico y nominalista, que supone considerarlos como meras cuestiones valóricas, y se lo devuelve a su dimensión práctica originaria. Y *originaria* en dos sentidos: (1) Referido al ámbito del fundamento de los derechos humanos, pues al ser éstos *modos de vida*, su fundamento no radica sino en una *praxis* (*los modos y su significación de la acción humana*)-*que-opta-por-la-vida*, por crear condiciones materiales de posibilidad para la paz, la convivencia humana incluyente (que todos y todas quepan), el reconocimiento de la naturaleza como *casa común* y fuente insoslayable de las posibilidades de la historia. (2) Si nos retrotraemos a la exposición de los pensadores de la Ilustración, desde su pretensión de lo que hoy se podría llamar una prospectiva social, el esfuerzo por pensar los derechos humanos estaba íntimamente vinculado con su proyecto político de conformación de la vida social a unos marcos de convivencia democráticos. Que dicha reflexión tuviera una deriva conceptualista podríamos achacarlo a la reacción idealista del siglo XIX, deriva que no pudo ser superada ni siquiera por los esfuerzos del mejor positivismo, como lo podemos ver en el mismo Kelsen. Luego, tampoco se pretende una vuelta a la Ilustración para intentar realizar y completar su programa inconcluso<sup>42</sup>, sino que en el rastreo (genealogía) de nuestras tradiciones (jurídicas y de otra índole) encontramos ya elementos suficientemente fuertes e innovadores como para poder pensar de forma distinta los derechos humanos y, sobre todo, de repensar el paradigma jurídico vigente<sup>43</sup>.

- II -

La *revisión* del planteamiento kelseniano no está orientada a cuestionar su rechazo a las formas de absolutismo, sea filosófico, axiológico, etc., pues en ese punto “compartimos un mismo borde de aspiraciones” (M. Foucault). Entonces, lo que aquí se pretende dilucidar es cómo la adscripción a unas determinadas doctrinas y paradigmas teóricos no sólo encausa el análisis/investigación, sino que puede llevar a consecuencias diversas de los propósitos perseguidos, y esto resulta particularmente funesto en materia de los derechos humanos.

### Excursus II

A Kelsen debemos reconocerle la máxima coherencia teórica: él pretendió hacer ciencia y procedió de conformidad. Pero, ¿qué podemos decir hoy, y desde un esfuerzo por comprender los derechos humanos, de ese afán/ideal científico?

Para intentar dar una respuesta, provisional y parcial como todas las vías que aquí se están proponiendo, consideremos los siguientes aspectos. En primer lugar, la visión sobre el papel/función de la(s) ciencia(s) y su disposición entre los *saberes*, con sus respectivos discursos y prácticas. Una posición<sup>44</sup> es la que considera que la ciencia es *un modo* de conocer, con características y exigencias específicas (particularmente la adopción del método y el principio de causalidad) que lo distinguen de otros modos o, más genéricamente, *saberes*, y lo habilitan como el *más competente* para la solución de determinados problemas y la comprensión de

<sup>40</sup> Dado que siempre es posible una elección por el suicidio o cualquier otra forma de aniquilación de la vida, mediante la realización de fines que caen fuera de la factibilidad, aún esos fines deberán ser realizados en el marco de las condiciones materiales de posibilidad concretas, por ejemplo, en el marco del potencial de muerte procurado por el desarrollo tecnológico orientado a los fines de la guerra. Esta situación es la que le otorga su carácter de valor absoluto, en tanto es insoslayable.

<sup>41</sup> La afirmación de que el plexo de las relaciones materiales y simbólicas está en el orden de lo indecible corresponde a un punto de vista interno. Por otra parte, no se está haciendo referencia a los modelos empíricos específicos adoptados en/por esas mismas relaciones (ninguno de los cuales, dada su contingencia, puede concebirse esencial), sino al hecho de que éste, sea cual sea su configuración histórica, apuntará siempre el límite de posibilidad en la realización de cualesquiera de las aspiraciones que se propongan como valiosas. Esta perspectiva de lo *decidible* y lo *indecidible*, por ejemplo, en el contexto jurídico-político es fundamental para la configuración de la democracia y el estado de derecho. Al respecto véase FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 857-860.

<sup>42</sup> La tragedia de nuestro tiempo finisecular es vivir “la irracionalidad de lo racionalizado”. Pero, “[l]a respuesta ahora, no es declarar la irracionalidad de la racionalidad medio-fin [de todos modos, vano intento de postmodernistas y epígonos del pensamiento *light*, N.J. S. A.]. De lo que se trata es de percibir por fin la irracionalidad de lo racionalizado por medio de la totalización de la racionalidad medio-fin, para asignarle a esta racionalidad un lugar circunscrito por la responsabilidad por el bien común y su utilidad, que es la utilidad de la paz, de la convivencia humana, y del reconocimiento de la naturaleza. Una utilidad que escapa al cálculo de la utilidad, siendo el fundamento de su posibilidad” (HINKELAMMERT, F. J. *El grito del sujeto...*, p. 285).

<sup>43</sup> Quizá sea la hora de empezar a pensar el fenómeno jurídico a partir de los derechos humanos y no a la inversa, como han hecho las doctrinas jurídicas e iusfilosóficas tradicionales desde el momento en que aquéllos quedaron encasillados en la doctrina de los derechos subjetivos, en el marco de los procesos de codificación y consolidación del esquema legislativo-parlamentarista (véanse: CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid: Trotta, 1997, pp. 277; SILVEIRA RAMOS, Carmen Lucia, “A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”, en *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (Coordinado por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 3-29).

<sup>44</sup> La posición que aquí adopto es deudora de la perspectiva de Michael FOUCAULT (*Las palabras y las cosas*. Madrid: Siglo XXI, 1997).

algunos aspectos de la realidad. Es importante recalcar que se trata sólo de *uno entre diversos modos de conocer*; luego, sólo es útil y preferible en función de los campos en los cuales es competente, mas no en los demás. Esta consideración implica una visión pluralista que, a la vez, no niega el papel de la ciencia ni abdica del esfuerzo por ampliar sus marcos de acción, pero rehuye de cualquier visión absolutista (ciertamente colonizadora) y reduccionista que proscribiera otros saberes (los cuales, a su vez, sólo son *veraces* en sus respectivos marcos de competencia) y exige (carácter prescriptivo que se establece pasivamente) que toda la realidad, que toda forma de comprensión de la realidad, en definitiva, que todos los saberes, se ajusten a los cánones de la ciencia. Aún más, ni siquiera en el ámbito de las mismas ciencias podemos considerar que hay una única forma de hacer ciencia.

En segundo lugar –especificando–, el fenómeno jurídico es amplio y complejo, de lo cual, a su manera, dan cuenta todas las doctrinas, viejas y nuevas, del rango que sean, y la experiencia misma de los sujetos y los colectivos. Asimismo, el fenómeno jurídico ha adoptado diversas formas de expresión o realización en los distintos lugares y épocas en que ha tenido lugar; consiguientemente, diversos han sido los esfuerzos por comprenderlo: desde las máximas de los jurisprudentes y el edicto del período clásico romano; pasando por la glosa o el comentario de los escolásticos sobre la compilación justiniana; o las construcciones metafísicas y sistemáticas de los racionalistas a partir del legado de la *Rezeption*; o el carácter eminentemente jurisprudencial de los magistrados y jurados en ese período en que recién se imponía la centralización jurídica por parte de los estados nacionales y se convivía bajo el signo de los estatutos y la costumbre; o la exégesis y la dogmática, heredera de la pandectística, ambas en *tempus* de la codificación y del derecho legislado, etc., etc., etc.

En tercer lugar, que en el *tiempo* del derecho legislado haya cobrado preeminencia la *Dogmática*, como la forma científica de comprender el fenómeno jurídico, responde a condiciones y exigencias propias en este período. Pero, de esto no se deriva que necesariamente sólo la comprensión dogmática del fenómeno jurídico sea competente, ni siquiera que sea la única deseable, ni siquiera que todo el conocimiento *acumulado* o el que pueda producirse en adelante deba adecuarse al modo de esa ciencia, o perecer. En ese sentido, realmente lamentable ha sido, por ejemplo, el papel de una Filosofía del Derecho reducida a analizar el lenguaje de la Ciencia del Derecho, para legitimarse y pervivir, pues no otra sino esa era la única posibilidad que le dejaban, por ejemplo, las doctrinas analíticas vinculadas al Círculo de Viena.

Finalmente, supuesto que la Ciencia jurídica actual no acaba de dar una respuesta satisfactoria al problema de los derechos humanos (por ejemplo, en sus esquemas no hay lugar para problemas como los de la resistencia, o la objeción y suspensión de la ley aún en margen de juridicidad, o la obligatoriedad de derechos que erosionan unos determinados marcos de articular las relaciones de producción pero satisfacen necesidades reales, etc., etc., etc.); y que la misma Filosofía del Derecho debe repensar el fenómeno jurídico sin miedo a ser sancionada o invalidada por explorar nuevas rutas; entonces, el afán científico debe ser mucho más cauto que antaño y debe ser relativizado en función de las exigencias de los derechos humanos, no a la inversa como ha sido hasta ahora.

De seguro, esto no responde la pregunta formulada inicialmente, pero explicita una actitud y un esfuerzo por explorar nuevas posibilidades teóricas que sean competentes y prácticas que sean pertinentes, o como diría el mismo Kelsen, al menos no pretende abolir ninguna doctrina ni posibilidad teórica "... en nombre de la Ciencia, ya que el alma de la Ciencia es la tolerancia."<sup>45</sup>

- \* -

La pretensión científica y de estricta racionalidad, que bien podría llevar a la Ciencia jurídica a superar su postración metafísica<sup>46</sup>, lleva a Kelsen a adscribir la doctrina del positivismo legal relativista. Al respecto dice:

"La doctrina estricta del positivismo legal relativista dice que sólo la ley positiva –relativamente justa – puede obligar jurídicamente, mientras que una ley natural absolutamente justa no puede obligar jurídicamente. Es cierto que el positivismo no le reconoce a la ley natural ni siquiera el valor de criterio, porque el reconocerla como tal implicaría la posibilidad de justificar el Derecho positivo, y el positivismo legal, como ciencia jurídica, se niega a justificar el Derecho positivo."<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Vol. cit., p. 62.

<sup>46</sup> En los últimos tiempos, nada ha temido más la Filosofía del Derecho que ser señalada como "metafísica". Este mote, evidentemente en sentido peyorativo, como sinónimo de ideología mistificadora y sujeta a los esquemas animistas, responde a lo que parece ser la concepción de "metafísica" que tiene Kelsen. Por supuesto, detrás había una *triste* realidad que lo apoyaba, ya fuera por la confusión de la Filosofía del Derecho con una determinada doctrina (la del Derecho natural), o fuera por la simple reducción de toda la reflexión filosófica a un particular discurso filosófico marcado por un excesivo conceptualismo (abstraccionismo) sin *preocupación* por la realidad. Sin embargo, este no es el único sentido que podemos darle a la "metafísica"; aún más, hoy vemos la necesidad de una reflexión sobre el(los) *fundamento(s)* (de un proyecto social, de los derechos humanos, de la acción humana, etc.). Así, lo que realmente puede invalidar la Filosofía en general y la Filosofía del Derecho en particular, no es su carácter abstracto, sino la falta de *pertinencia*, y esto, claro está, exige de su parte una actitud abierta, no absolutista, dialogante, imaginativa y rigurosa.

<sup>47</sup> Vol. cit., Nota 20, p. 61.

Es decir, en nombre del “estricto positivismo legal relativista” se abdica de cualquier intento de justificación del Derecho positivo. Bien podríamos conformarnos con la idea de que tal abdicación corresponde a la Ciencia jurídica, no así a la Filosofía del Derecho, que es la que, en definitiva, siempre ha intentado buscar tales justificaciones. Pero al hacerlo así, nos estaríamos deslizando por la pendiente que llegó a identificar Filosofía del Derecho con Derecho natural o lusnaturalismo, doctrina contra la que Kelsen y la tradición positivista se alzan, con lo cual sería lo mismo decir que no es posible ninguna justificación del Derecho (aquí, como Derecho positivo). Esta posición entraña – como bien lo apunta Ferrajoli<sup>48</sup> – el peligro de derivar hacia un *formalismo ético*, con las graves consecuencias que implica.

En ese sentido, como ha quedado señalado, la diatriba contra la doctrina del Derecho natural (que terminaba en *sustancialismo jurídico*) se basa en la acusación –hasta donde sabemos, cierta – de incurrir en la falacia naturalista, conforme la cual pretendía hacer la justificación del Derecho positivo; luego, devenía en mera ideología. Por el contrario, el positivismo legal abdica de ese intento de justificación (y de cualquier justificación); pero, en su versión extrema, termina erigiendo la legalidad como la instancia última y, por tanto, sacraliza (R. Garaudy) el orden jurídico. De esta manera, subrepticamente (¿?) se llega a proscribir toda conflictuación del orden (socio-político y económico), del cual el orden jurídico forma parte y, a la vez, legitima.

Por otra parte, se podría contraargumentar que la abdicación del positivismo legal a que se ha hecho referencia es respecto de la justificación; que fundar o *fundamentar* y *justificar* responden a momentos lógicos diversos; que la polémica contra la doctrina del Derecho natural es en tanto ésta pretende justificar el Derecho positivo a partir del Derecho natural, ya que sobre su supuesto fundamento, la ley natural o el orden divino, nada se puede decir, ni a favor ni en contra y, por consiguiente, la única posición racional es la del positivismo legal.

No obstante, admitiendo la distinción lógica entre fundamentar y justificar tenemos, por un lado, que, por ejemplo Kelsen, está dispuesto a fundar todo el orden jurídico vigente (las normas y los juicios de valor jurídicos) en la norma básica general (*principio de efectividad*<sup>49</sup>), pero no está en la misma disposición de fundar los valores de Justicia (derechos humanos) los cuales, en definitiva, encontrarían su fundamento en la misma dimensión (práctica) en que *opera* ese principio de efectividad. Por otra parte, desde una visión estrictamente interna del ordenamiento jurídico, cada norma particular aparece justificada (su validez) por la correspondencia o adecuación con una norma jurídica de rango superior. Entonces, si lo que se buscaba era simplemente eliminar las justificaciones esencialistas o naturalistas, el positivismo legal tiene toda la razón; mas si de lo que se trataba, además, era de superar las justificaciones en tanto operaban como funciones de legitimación (lo cual se hacía con la doctrina del Derecho natural), entonces, el positivismo no dice toda la verdad, pues él mismo mantiene un nivel –reducido si se quiere – de justificación interna. Y en esa medida es que todavía se le puede hacer una crítica en los términos clásicos de la *crítica de la ideología*.

Por otra parte, actualmente nos enfrentamos a una nueva (¿?) deriva pseudo-teórica<sup>50</sup> que igualmente abdica hacer cualquier fundamentación y justificación. Estas corrientes, ligadas a las actuales transformaciones sociales, económicas y políticas, por un lado, preconizan la quiebra del Estado Social de Derecho y, por otro lado, asumen abiertamente el nivel de ineficacia de las normas jurídicas en el Estado de Derecho; todavía más, señalan como obstaculizadora (*distorsiones*) toda postulación garantista del principio de legalidad y la declaración e intento de garantizar nuevos derechos humanos. Su argumentación vuelve de alguna manera a Carl Schmitt<sup>51</sup>. Si las normas jurídicas (incluidas las que versan sobre derechos humanos) son ineficaces empíricamente (juicio de hecho), pues no es posible realizarlas a cabalidad; entonces, tampoco se debe presuponer tales normas, sino sólo atenerse a lo que realista y eficazmente (principio de eficacia) el derecho puede hacer (garantizar las normas sobre el cumplimiento de los contratos y la protección de la propiedad privada, ahora como protección de las inversiones privadas). El realismo de Schmitt dista mucho de ser el realismo de la realidad histórica, de la *realidad de lo real*, que aquí seguimos; el suyo como el de las tendencias neo-conservadoras o neo-liberales es un realismo de la *compulsividad de los hechos*. Que esto no nos lleve a confusión ni desconcierto, sino a asumir (“hacernos cargo” – I. Ellacuría) con responsabilidad nuestras adscripciones teóricas y las prácticas que las postulan y, a la vez, se alimentan de ellas. Así, si es realista admitir lo que produce y sostiene la vida, también es realista admitir lo que lleva a la muerte; pero ambos realismos parten de principios completamente diferentes. Esa es la diferencia entre el realismo de la realidad histórica y el realismo schmittiano, y es la diferencia que aquí sostenemos contra con ese nuevo realismo (jurídico, económico, político) neo-conservador o neo-liberal.

<sup>48</sup> Véase *Op. cit.*, p. 227. La crítica al formalismo legal no pasa por negar que la concepción positivista (en los sentidos que discierne Ferrajoli) ofrece amplias posibilidades no sólo de elaborar una ciencia jurídica emancipada y emancipadora, sino también para articular un sistema de garantías orientado a la protección efectiva de los derechos humanos; eso sí, sólo a cuenta de que se abra a la *realidad de lo real* y no quede enclaustrado en la realidad solipsista de las solas normas jurídicas.

<sup>49</sup> “Como consecuencia de este principio, la constitución tiene su origen en una autoridad legítima mientras el orden jurídico, creado en base a la constitución, sea en conjunto efectivo” (KELSEN, H., *Vol. cit.*, p. 144).

<sup>50</sup> Esta no tiene siquiera *pretensiones de razón*, pero también se postula como *realismo*; es una contracara del realismo político y del realismo economicista neoliberal. Por supuesto, está alejado de las corrientes clásicas del realismo jurídico anglosajón (O. W. Holmes, R. Pound), escandinavo (K. Olivecrona) o italiano (G. Capograssi), aunque mayoritariamente vuelve a aparecer en el mundo anglosajón.

<sup>51</sup> Véanse HINKELAMMERT, F. J. “El concepto de lo político según Carl Schmitt”, en *Democracia y totalitarismo*, pp. 113-131; “El capitalismo cínico y su crítica: la crítica de la ideología y la crítica del nihilismo”, en *El grito del sujeto...*, pp. 227-245.

En esa dirección, ni siquiera hay un discurso de los derechos humanos que se requiera invertir; el argumento es simple: por cuanto ha fracasado toda la política y el entramado jurídico de respeto a los derechos humanos, como ha fracasado el Estado Social de Derecho, sólo queda proteger las *islas de desarrollo*, únicas donde se vive humanamente, de todos aquellos que quieren invadirlas y arrasadas por su resentimiento. Evidentemente esta deriva también abdica de cualquier fundamentación y justificación, es realista<sup>52</sup>, no oculta nada, pero es cínica; ergo, este es el contexto de origen de las nuevas legislaciones sobre inmigración, seguridad ciudadana, relaciones laborales, seguridad social, etc.

### - III -

Uno de los avances más importantes en el proceso de secularización del derecho –y de sus reflexiones filosóficas e investigaciones científicas – ha sido la distinción entre derecho y moral<sup>53</sup>. Detrás de esta distinción aparece el postulado de la “ley de Hume”. La versión que esta doctrina iuspositivista alcanzó como teoría general del derecho presupone la distinción entre justicia y validez, que es donde nos encontramos la discusión kelseniana contra la doctrina del Derecho natural. Ciertamente ésta no es la única versión, pero ha sido la predominante<sup>54</sup> en el siglo XX.

El esquema de la distinción entre justicia y validez, llevado al ámbito de los derechos humanos, terminó por colocar la preocupación por los derechos humanos en el lado de la Justicia y, por tanto, como objeto de la lusfilosofía, mientras que el aspecto de la validez tendía a agotar el análisis normativo<sup>55</sup> y se constituía en el centro exclusivo de la Ciencia jurídica. Ello tiene una explicación plausible, por un lado, en el hecho que se haya considerado los derechos humanos sólo como *valores* y no como *modos de vida*, que es su forma de existencia y la manera en que, inclusive, fueron pensados por los seguidores de la Ilustración. Ciertamente los derechos humanos tienen una dimensión axiológica, pero no es la única ni es suficiente para su cabal comprensión. Por otro lado, está la consideración de que en el siglo XX el paradigma científico adoptado por el positivismo legal ha estado afiliado a las tendencias analíticas más extremas, las cuales terminaron reduciendo las posibilidades de una investigación científica, en todos aquellos campos diversos a los de las llamadas ciencias naturales, al mero análisis y depuración de los lenguajes empleados, así tanto para el Derecho, cuanto para la Sociología, la Política, etc.

### Excursus III

La axiología adoptada por Kelsen y gran parte de los juristas e iusfilósofos positivistas que se han preocupado por los derechos humanos, es deudora de las primigenias doctrinas analíticas, marcadas por un fideísmo científicista. Estas, si bien han sido útiles para mostrar el carácter convencional y la inmanencia (histórica) del derecho, así como la importancia y fuerza performativa del lenguaje jurídico, adolecen de cierta ingenuidad, pues tal parece que para ellas existieran términos y juicios descriptivos por un lado y términos y juicios valorativos por otro lado; unos y otros no pueden ser intercambiados y mantienen su mismo carácter en cualquier contexto. Esto, después del último Wittgenstein sabemos que no es así. Por otra parte, desde una perspectiva no cognoscitivista, si llegamos a considerar el carácter parasitario o predicativo de los valores, éstos necesariamente lo son de un *sistema de sustantividad* del cual se predicán, y del cual forman parte estructuralmente. Así, la axiología no puede hacer omisión de tal sustantividad so pena de devenir en meras abstracciones conceptualistas. Pero, sin explicación ninguna, parece que esa conexión entre el valor (predicado) y su substrato de sustantividad sólo se admite en el caso de los juicios de valor jurídico, no así en los juicios sobre la justicia: “La existencia de los valores del Derecho viene condicionada por hechos objetivamente verificables. A las normas del Derecho positivo les corresponde cierta realidad social, lo cual no sucede con las normas de Justicia. En este sentido, el valor del Derecho es objetivo, mientras que el valor de la Justicia es subjetivo.”<sup>56</sup>

Otra gran parte de los juristas e iusfilósofos están adscritos a las ideas del Derecho natural, ya en sus versiones duras o en sus versiones suavizadas contemporáneas. Sin menoscabar o desconocer el papel heurístico que éstas tuvieron, ni la deuda histórica que con ellas se tiene por haber planteado el problema de los

<sup>52</sup> Como es realista la política de C. Schmitt. “En la *Teología política* (1922, trad. española, 1941, reimp. 1975) – donde define como soberano a aquel ‘que decide sobre el estado de excepción’, y sostiene que un orden jurídico reposa sobre una decisión y no sobre una norma-, Schmitt arremete contra la metodología kelseniana, y en particular contra el postulado neokantiano de que la ciencia construye su propio objeto, que en la teoría kelseniana según el jurista alemán, expulsa toda referencia a los problemas reales. Para Schmitt, el método de Kelsen, con su rechazo por los problemas sociológicos, se queda en la ‘antecámara de la ciencia del derecho’” (HERRERA, Carlos Miguel. “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Crítica jurídica*, N° 16, México, 1995, p. 117 – los entrecomillados y la cursiva son del original).

<sup>53</sup> FERRAJOLI, L., *Op. cit.*, pp. 215.218-219.

<sup>54</sup> Un esfuerzo consistente, aunque todavía insuficiente – esto es cosa a discutir en otro momento-, con el mismo talante de fundar una teoría general garantista del derecho y desde una visión renovada que busca superar los peligros del absolutismo sustancialista y del escepticismo relativista del formalismo ético, es el de L. FERRAJOLI, con su teoría de la separación entre legitimación externa y legitimación interna (ver *Op. cit.*, pp. 213 ss.).

<sup>55</sup> “La normatividad no puede ser borrada por completo del campo de la experiencia jurídica. La cuestión estriba en determinar si agota de manera excluyente el objeto de la ciencia en sentido estricto o alcanza también a los contenidos de lo regulado” (HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1981, p. 91).

<sup>56</sup> KELSEN, H., *Vol. cit.*, p. 150.

“derechos naturales”, tienen un claro componente ideológico, y ya la misma crítica kelseniana ha dado cuenta de sus defectos.

Finalmente, aunque aquí no nos proponemos analizar esta deriva teórica y su correspondiente axiología, la axiología desaxiologizada<sup>57</sup> (nihilista) del realismo político, neoliberal –desconozco si ya tiene una nomenclatura propia-, presenta un reto para el pensamiento humanista en términos generales, del signo que sea. Por eso, no se trata de argumentar o contraargumentar, ni siquiera de hacerle una crítica ideológica frente a la que aparece inmune, sino hay que confrontarla con su propia destructividad, anteponiéndole un principio diferente. Las exigencias de vida (vida digna y vida para todos, todas y todo) vehiculan una *ética necesaria*, que no parte de principios normativos preestablecidos, sino que confronta, interpela y reclama derechos, como derechos de los seres corpóreos, vivientes, reales. El sistema promete muerte, y da muerte; es coherente. La contrapartida será, pues, postular un *proyecto de vida* (de/para sujetos corpóreos vivientes) como horizonte utópico de posibilidades, que impulse la apertura de espacios de lucha (J. Herrera Flores), para crear y apropiarse las condiciones materiales de posibilidad de todos aquellos *modos de vida* que sean pensables y factibles en función de ese *proyecto de vida*.

- \* -

La cuestión se complica cuando los valores son desdoblados en sus sentidos objetivo – subjetivo. Esto, en la teoría general del derecho del “estricto positivismo legal”, traduce el problema de los derechos humanos en un desdoblamiento entre norma (los “derechos fundamentales”<sup>58</sup>) y valor (derechos humanos como aspiraciones), o entre valor en “sentido objetivo”<sup>59</sup> (significado de una norma de derecho positivo) y valor en “sentido subjetivo” (justicia o injusticia). Según Kelsen, desde la óptica de la Ciencia del Derecho<sup>60</sup> sólo son

<sup>57</sup> “Frente a esta transvalorización de los valores, la crítica clásica de la ideología está completamente desarmada. Si se reivindica a la muerte como destino, y si el capitalismo resulta ser un sistema mortal, entonces el capitalismo es un sistema que corresponde a la perfección a lo que pretende ser. Es un ‘ser para la muerte’. Y esta pretensión no contiene ningún potencial de razón, y no se abre más a ningún potencial análogo. Está por completo tautologizado y no ofrece ninguna posibilidad para una crítica immanente” (HINKELAMMERT, F. J., *El grito del sujeto...*, p. 234).

<sup>58</sup> “Fundamentales” en el sentido en que la doctrina predominante se refiere a los derechos positivizados mediante la inclusión legislativa en una norma general. Por supuesto que el concepto de “fundamentales” debe ser revisado profundamente, pues ¿cuán fundamental es aquello que puede ser postergado o, incluso suspendido o, incluso negado pasivamente por la no legislación al respecto o, la no suscripción de un instrumento internacional sobre derechos humanos o, cuando de algunos se dice que son meras directrices para la política económica, etc.?

<sup>59</sup> “Para empezar, consideremos los juicios que atribuyen la cualidad de ‘legal’ o ‘ilegal’ a una conducta humana determinada – es decir, juicios que afirman un valor de derecho-. También puede llamárselos ‘juicios de valor jurídico’ en el sentido estricto del término. Son verdaderos o falsos, y su verdad o falsedad puede comprobarse. Puede establecerse el significado de estos juicios analizando cómo el jurista demuestra la verdad o la falsedad de un juicio como ‘la conducta B es conforme al Derecho’ o ‘la conducta B no es conforme al Derecho.’/ Dado que el Derecho siempre aparece bajo la forma de un sistema legal determinado – Derecho francés, suizo, americano o internacional – un juicio de valor jurídico siempre será verdadero o falso en relación a este ordenamiento positivo. Una misma conducta puede ajustarse a un ordenamiento jurídico y no ajustarse a otro. ¿Qué método, entonces, se puede seguir para demostrar que, respecto a un orden legal determinado, el robo no es legal mientras que lo es el pago de las deudas? Queda demostrado mediante la norma general que prohíbe el robo y la que prescribe el pago de las deudas. Si se observa la norma jurídica que se refiere en sentido afirmativo o negativo a una conducta determinada, se resuelve la duda que se planteaba acerca de la legalidad o ilegalidad de esa conducta./ Llamamos ‘norma’ a la regla que prescribe o prohíbe determinada conducta. El sentido específico de una norma queda expresado por la idea del ‘debe’. Una norma implica que un individuo debe comportarse de determinada manera, que debería comportarse de un modo determinado y no de otro. Las proposiciones que expresan normas son proposiciones del tipo ‘debe’. Un comportamiento es legal si ‘se adecua’ a una norma legal; es ilegal si ‘no se adecua’ a una norma legal; ‘no se adecua’ a una norma legal si se sitúa en el polo opuesto a la conducta legal. También podemos decir que un individuo se comporta de acuerdo con la ley si su conducta es conforme al orden jurídico; y se comporta ilegalmente si su conducta no se adecua a este orden. El juicio de valor jurídico según el cual una conducta es legal o ilegal establece una relación negativa o positiva entre esta conducta y la norma que presupone la persona que juzga. Por tanto, un juicio de valor jurídico presupone la existencia de una norma, de un ‘debe’. Por consiguiente, el significado de este juicio de valor depende de lo que signifique que una norma ‘existe’”. (KELSEN, H., *Vol. cit.*, pp. 127-128 – el entrecomillado es del original). Aunque no es cosa de hacer, en este punto, una desconstrucción total del discurso, nótese un *anacronismo* que, sacado de este contexto específico, puede tener efectos nocivos para todo intento de crítica y proposición innovadora en el campo jurídico. Se dice: “Dado que el Derecho *siempre* aparece bajo la forma de un sistema legal determinado – Derecho francés, suizo, americano o internacional-” (*Idem*.-la cursiva es mía). Pero es bien sabido que la forma legal y aún la sistemática en el Derecho son producto de los esfuerzos racionalizadores que sólo tienen esa culminación en los procesos de codificación del siglo XIX (en ese sentido véñase: ORESTANO, Riccardo. *Introduzione al diritto romano*, Torino: Giappichelli, 1963; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. Madrid: Trotta, 1997).

<sup>60</sup> “Pero sólo existe un Derecho positivo. O bien – si queremos justificar la existencia de los distintos órdenes legales nacionales – existe un único Derecho positivo para cada territorio. Su contenido puede ser descrito sin ambigüedad utilizando un método objetivo. La existencia de los valores del Derecho viene condicionada por hechos objetivamente verificables. A las normas del Derecho positivo les corresponde cierta realidad social, lo cual no sucede con las normas de Justicia. En este sentido, el valor del Derecho es objetivo, mientras que el valor de la Justicia es subjetivo. Y esto siendo cierto incluso si muchas personas tienen el mismo ideal de Justicia./ Los juicios de valor jurídicos pueden ser contrastados objetivamente mediante determinados hechos. Por tanto, se pueden admitir dentro de la Ciencia del Derecho. Pero hay que decir que la autoridad legal competente, no la Ciencia del Derecho, es quien decide si en un caso determinado una conducta dada es legal o ilegal. Los juicios acerca de la Justicia no pueden ser comprobados objetivamente. No es posible incluirlos dentro de la Ciencia del Derecho. Los juicios acerca de la Justicia son juicios de valor morales o políticos, a diferencia de los juicios de valor jurídicos. Los juicios acerca de la Justicia quieren expresar un valor objetivo. Según su significado, el objeto al que se refieren, tienen un valor para cualquiera.

susceptibles de ser comprendidos por ella los juicios de valor jurídico (valor en sentido objetivo) por su *demostrabilidad*.

Ahora bien, para sostener esa demostrabilidad debe postular –contrario a sus propios postulados logicistas – que a los valores jurídicos del derecho positivo “les corresponde cierta realidad social”, pero inmediatamente aclara que se trata del “contenido” del derecho positivo y, es lo cierto que, desde su perspectiva, la Ciencia jurídica hace abstracción de los factores extra-normativos, así como de los mismos contenidos de las normas. Por consiguiente, la susodicha demostrabilidad no es la de las Ciencias empíricas, sino la de una “argumentación racional” capaz de seguir una lógica constrictiva. Esto lleva a considerar, fundamentalmente, el aspecto semántico de los juicios de valor, con lo cual el juicio de valor jurídico versa sobre el significado de una norma que, en definitiva, es un juicio sobre si la norma existe o no existe.

Asimismo, desde la perspectiva kelseniana, si se quiere analizar “científicamente” los juicios de valor en sentido subjetivo, juicios acerca de la Justicia (derechos humanos) éstos también deben ser tomados en su aspecto valórico, es decir, la semántica de tales juicios. De esta forma quedan despojados de toda vinculación con la realidad objetiva y no llegan a ser más que una expresión de deseos subjetivos. Entonces, dado el carácter subjetivo de los juicios acerca de la Justicia, por exigencia de la racionalidad instrumental que subyace en el análisis científico, su análisis racional sólo podría hacerse si tales juicios aparecieran incorporados en una secuencia del tipo medio – fin. Pero, como tales juicios versan sobre las aspiraciones máximas de los individuos, es decir, sus íntimas aspiraciones supremas, no es posible determinar racionalmente (no están en una cadena medio – fin) cuál es el valor supremo.

De nuevo, la argumentación parece impecable. Pero, del postulado de la distinción entre derecho y moral y la adopción de la “ley de Hume” tampoco se sigue, necesariamente<sup>61</sup>:

1. Que los derechos humanos sólo se admitan en su carácter semántico o meramente “valórico”.
2. Que sólo haya una racionalidad instrumental medio – fin, y, por tanto, que la racionalidad de los juicios sobre la Justicia (derechos humanos) no pueda ser demostrada.
3. Que los derechos humanos deban ser únicamente considerados en sus aspectos particular o individual (como independientes unos de otros) y absoluto, lo cual los hace susceptibles de derivar en oposiciones irreductibles.

La tesis (1) tiene dos filiaciones contrapuestas. En el caso del lusnaturalismo – *sustancialismo ético*, el intento por constituir un ámbito de autonomía para los individuos (ciudadanos) frente a los fueros del poder del *Leviathán* estatal llevó, por la vía del idealismo racionalista, a escamotear los derechos humanos de la realidad histórica, elevándolos a una esfera de esencias inmutables que, a su vez, los enajenaban de los sujetos concretos. Sólo mediante la consideración de esta *enajenación* es posible entender que el discurso esencialista o sustancialista de los derechos humanos, que los entiende como derechos innatos, imprescriptibles, intransferibles, que sólo exigen la condición de *hombre* [sic., léase: ser humano], pueda haberse sostenido sin hacer referencia al ámbito de la satisfacción de las necesidades reales. De esta forma, por supuesto, era posible soslayar la exigencia de las condiciones de humanización y, aún más, evitar la problematización de los marcos empíricos de realización de los mismos derechos humanos, pues éstos se realizaban/agotaban en el mero hecho del “nacer vivo” como dirían las viejas formulaciones iuscivilistas.

En el caso del positivismo legal – *formalismo ético*, esta tesis está impuesta por la adscripción a las posturas analíticas radicales, que en su búsqueda de erradicar cualquier tipo de absolutismo viabilizado en/por las tendencias esencialistas, tuvo como efecto inverso, caer en un absolutismo nominalista, que lo hace igualmente ciego para comprender la complejidad de la realidad. Ni siquiera es suficiente el recurso a la distinción entre semántica y pragmática, en cuya conformidad la consideración de los derechos humanos en cuanto *modos de vida* correspondería a este último aspecto (pragmática). Proceder de esa forma tiene varios efectos: por un lado, se invisibiliza el carácter performativo del discurso, por otro lado, se clausura el análisis de la determinación que los marcos empíricos de realidad ejercen en la formación del discurso mismo. En consecuencia, ambas actitudes teóricas impiden ver la complejidad de los derechos humanos en cuanto *modos de vida*.

---

Presuponen una norma que aspira a ser objetivamente válida. Pero no se pueden verificar – mediante hechos – la existencia y el contenido de esta norma. Sólo están determinados por un deseo del individuo que formula el juicio.” (*Vol. cit.*, pp. 150-151). Nótese que, si seguimos este razonamiento, entre otras consecuencias, se clausura/proscribe la discusión sobre la universalidad de los derechos humanos.

<sup>61</sup> Las siguientes tres tesis se obtienen *por pasiva* de los postulados kelsenianos, al menos de lo expuesto en el volumen reseñado. Las traemos a colación por el simple hecho que en las doctrinas jurídica e iusfilosófica al uso hoy día, tanto se conciben los derechos humanos en el sentido de esas tesis cuanto no aparece una comprensión diversa a ellas. Así, en la *normalidad* política y académica se habla de: derechos individuales y sociales o, derechos de libertad y derechos de igualdad o, derechos de primera, segunda y tercera generación o, derechos justiciables y derechos como meras orientaciones para las políticas económicas; ni que se diga de la renuncia a fundamentar y justificar tales derechos o, la simple denuncia de algunos intentos en ese sentido como ideológicos y, por ende, carentes de racionalidad, etc.

La cuestión de la racionalidad (2) está derivada de la adscripción a una epistemología emparentada con los postulados weberianos<sup>62</sup>, particularmente con la idea de la neutralidad valorativa de la ciencia empírica. Pero, si la ciencia empírica renuncia expresamente a la formulación de juicios de valor<sup>63</sup>, y se atiene a los juicios de hecho (lo que *puede* o *no puede* hacerse), por pasiva, termina por expresar lo que *debe* o *no debe* hacerse. Es decir, si identificamos los intentos de realización de los distintos derechos humanos, en cuanto que cada uno de ellos puede ser realizado independientemente de los otros, y nos topamos con el hecho de que así vistos cada uno tiene demandas distintas y contradictorias frente a la riqueza social que es su base fáctica; entonces, la ciencia empírica solo podría determinar que se *puede* hacer o *no se puede* hacer en ese contexto según los recursos disponibles, pero no deriva ningún *deber ser* de tal análisis, dejando a los sujetos la elección conforme a sus inclinaciones subjetivas. Sin embargo, al decir lo que se *puede* hacer o lo que *no se puede* hacer, la ciencia empírica está descalificando un cauce de acción y, por pasiva, está señalando un *debe* respecto de la acción factible, al menos un *debe* negativo. Por consiguiente, debemos hacer una revisión profunda en aras de que la misma epistemología seguida no constituya un *obstáculo epistemológico* (G. Bachelard) más. Por lo pronto, de seguro esa epistemología weberiana no es adecuada; con ello no se quiere decir que la racionalidad instrumental deba ser proscrita o negada, sino que deberá ser reconsiderada como *una* de las formas de la racionalidad, con una determinada utilidad en función la responsabilidad por el bien común.

La cuestión señalada como (3) no puede explicarse considerando sólo que se trata de una expresión del individualismo, sin el componente de maniqueísmo (dualismo oposicional). El individualismo (¿doctrina, ideología?) es el sustento de la teoría de los derechos subjetivos. Desde la óptica de los sistemas jurídicos de ley, es decir, en el contexto de los procesos de la codificación, fue asumida como el paradigma para pensar los derechos humanos, por oposición a las tendencias totalizantes (algunas terminarían en totalitarias) del historicismo jurídico que se opuso a la misma doctrina de los derechos subjetivos (caso Savigny), y del historicismo marxiano. El individualismo *servió la mesa* para que, conforme la lógica del dualismo oposicional (esquematismos amigo – enemigo, bien – mal, etc.) que está a la base de las luchas ideológicas, las adscripciones por la realización de unos u otros derechos humanos formuladas desde los distintos *bloques históricos* (socialistas, utopistas, etc., por un lado, liberales, etc., por otro lado) que jalonan la historia de la modernidad post-ilustrada, se asumieran como irreconciliables. En todo caso, en este aspecto está uno de los elementos para que se genere la *inversión ideológica*<sup>64</sup> de los derechos humanos.

#### - IV -

La tesis de la *inversión ideológica* de los derechos humanos (F. J. Hinkelammert) parece permitir no sólo otra interpretación más de los derechos humanos, sino una comprensión *otra* de la realidad y posibilidad de los derechos humanos. Por razones de brevedad y dado que es una perspectiva en construcción, no será desarrollada aquí. No obstante, para finalizar estas consideraciones, podemos hacer algunos apuntes al respecto.

Como hemos podido ver, con la argumentación formalista sobre la imposibilidad del análisis racional acerca de los valores de Justicia (derechos humanos) y la abdicación científica de señalar cauces para la acción humana, lo que queda invisibilizado e incuestionado es el plexo de relaciones socio-económicas (materiales y simbólicas) que posibilitan/limitan fácticamente la realización de los derechos humanos. Dicho marco se constituye en el valor absoluto, pero queda disfrazado en el discurso tradicional de los derechos humanos y, en general, en toda la Teoría general de corte normativista-legalista. Por lo demás, este tipo de argumentación es la que se desliza cuando se discute sobre la preeminencia de los derechos de libertad sobre los de igualdad, o la inversa, ambas formas propias del debate político ideológico del siglo XX.

Con la exploración realizada hemos querido mostrar como los marcos categoriales, empleados tanto por la Ciencia Jurídica cuanto por la Filosofía del Derecho predominantes, no perciben una diversidad de aspectos relevantes, por ejemplo, que la dimensión axiológica de los derechos humanos apunta sólo horizontes de posibilidad(es) y, por tanto, los valores implicados no son *realizables plenamente* o de un modo *absoluto*, sino que marcan/impulsan/vehiculan una tendencia hacia su realización. Luego, esas tendencias deben englobarse en un *proyecto de vida*. Ahora bien, como la dinámica de la vida es expansiva, ninguna de las concreciones alcanzadas puede erigirse en permanente, ni puede reclamar la realización plena de los derechos humanos. En cambio, sí constituyen campos de posibilidad para los derechos humanos en la medida en que posibilitan *modos de vida* concretos. Así, el juicio, como juicio racional y práctico, desde una *racionalidad reproductiva*, no es por cuál derecho humano es más importante o superior, sino *si* a ese proyecto de vida conviene realizar y *en qué forma y en cuál medida* conviene *intentar* realizar un(os) derecho(s) humano(s).

<sup>62</sup> Para una crítica a la epistemología y axiología weberianas véase HINKELAMMERT, F. J. *Democracia y totalitarismo*, pp., 81-111.

<sup>63</sup> "Muchas pretensiones de abstención valorativa implican a su vez otras valoraciones. Es grande el riesgo que se corre de incidir en ideologías, en otras ideologías, cuando se intente desenmascarar las identificadas como tales. La objetividad reflexiva no pasa de ser un esfuerzo o un estado de consciencia erigidos en la vigilancia crítica que, sin embargo, no garantizan en términos absolutos el resultado. El conocimiento reposa siempre sobre un contexto histórico que le traspassa más allá de donde el sujeto cognoscente está en condiciones de prevenir o corregir con sus cautelas" (HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Op. cit.*, p. 58).

<sup>64</sup> Al respecto, véase: HINKELAMMERT, F. J. *Democracia y totalitarismo*, pp. 133-165.



#### Excursus IV

Si preguntamos por los derechos humanos en cuanto *modos de vida*, en realidad preguntamos por la existencia (factible) de esos modos de vida. Su conexión con la realidad, es más, su forma de ser una expresión/dimensión de la realidad histórica que se construye según parámetros que posibilitan la producción y reproducción de la vida (humana y no humana), hace de tal juicio un *juicio de existencia*. Es decir, conforme las exigencias de la ciencia y según una racionalidad reproductiva, podemos demostrar *sí* y *en qué medida* existe un determinado modo de vida, que sería lo mismo que apuntar *sí* y *en qué grado* se ha realizado un(os) derecho(s) humano(s). Luego, hasta aquí tenemos que no se trata de un *juicio de deber ser*. Ahora bien, se nos puede alegar que, entonces, la investigación y preocupación por los derechos humanos se convierte, de esta manera, en una investigación que se dedica a contar los muertos, pues tales juicios son, evidentemente, *a posteriori*; y que lo que importa es evitar esas muertes, disponiendo para ello, si es del caso, de los mecanismos institucionales y normativos, que exijan a futuro (carácter prescriptivo) el cumplimiento de los derechos humanos. Aquí, los escépticos podrían cantar una victoria, pues nos volveríamos a encontrar, en ese punto, en la misma situación: que, dado que puede presentarse una contradicción entre la realización de un derecho y otro derecho, no hay argumentos para sostener cuál deba ser el superior y preeminente.

Sin embargo, quedan otros aspectos por considerar, a saber:

1. La euforia utopista (idealista) de los que exigen una realización absoluta de los derechos humanos puede ser enfrentada mediante la afirmación de que los derechos humanos, en su aspecto si se quiere axiológico (deber ser), lo que apuntan es un *horizonte de posibilidad(es)*, nunca ejecutable(es) empíricamente de manera plena, sino sólo con pretensión o propensión a realizarse. Además, es un horizonte siempre desplazable, pues no sólo cada realización históricamente intentada y lograda debe hacerse en función de una *condiciones materiales de posibilidad* (factibilidad –interna- empírica), sino que debe ser confrontada con el *proyecto de vida* (totalidad) en el cual se circunscribe esa misma realización (factibilidad –externa- ética).
2. Frente a los escépticos, emotivistas, etc., debemos reconocer que desde una visión interna y particularista de los derechos humanos no podemos encontrar una razón de peso a favor de un derecho u otro, pero sólo a cuenta de que se considere cada derecho humano en particular (así en la visión de un tosco liberalismo individualista), desvinculado del conjunto de los derechos humanos, que es su forma de posibilidad histórica. Es decir, no se puede pretender realizar un derecho humano independientemente del esfuerzo por la realización del conjunto de los derechos humanos, pues es esa *complementariedad/integralidad* la que puede, por ejemplo, asignar en momentos diversos mayores recursos en función de un derecho y en otro momento hacerlo respecto de otro derecho. En definitiva, el carácter de los derechos humanos considerados individualmente sólo se constituye en la *unidad sistemática* (l. Ellacuría) de la totalidad de los derechos humanos.
3. Por otra parte, nada nos indica que *necesariamente* debemos considerar siempre los derechos humanos en su aspecto individualizado o particularizado (y viceversa); por eso, si seguimos un *principio de utilidad modificado*<sup>65</sup>, desde la perspectiva de proceso histórico (en los sentidos de Ellacuría y Hinkelammert), ya podríamos encontrar argumentos (descriptivos-prescriptivos) a favor de uno u otro derecho en la consideración holística de las condiciones objetivas y subjetivas presentes en un momento dado (la idea de momento oportuno: *kairos*) para la realización de los diversos derechos humanos, aun a cuenta de que éste será un juicio parcial.

De esta forma, como las mismas realizaciones concretas deben ser vistas y juzgadas en función de la totalidad de las exigencias de un *proyecto de vida*, hay cauces de acción (por ejemplo, el suicidio –tanto el individual como el colectivo o genocidio) que se *pueden* elegir ya que, en principio, no hay razones para proscribirlas, pero su efecto sería la contradicción del mismo *proyecto de vida*, y este es un límite que impone ya una cierta *prevención razonable* respecto de lo que *se debe* elegir y lo que *no se debe* elegir. Es más, esto cumple la condición lógica de no contradicción: (1) un sujeto podrá elegir la vida o la muerte, pero para elegir tiene que estar vivo; (2) una elección para que sea tal en un sentido no determinista debe poder repetirse o reproducirse, de lo contrario no es elección sino *sino atávico*; (3) si el sujeto en cuestión vive puede elegir entre vivir o morir, donde la elección por vivir posibilita seguir vivo (en el supuesto de no sufrir una agresión externa de aniquilación: hambre, guerra, etc.) y poder hacer nuevas elecciones, inclusive queda abierta la posibilidad de elegir en cualquier momento la muerte; pero la elección por lo segundo (muerte) contradice la condición misma de tal elección, anulando la elección

- \* -

<sup>65</sup> En el campo de la racionalidad penal, L. FERRAJOLI (*Op. cit.*, pp. 222-225) adscribe un *utilitarismo jurídico*. Por nuestra parte, con la idea de *principio de utilidad modificado* remitimos a una concepción más compleja, en tanto no sólo remite a los límites de la acción penal en virtud del carácter represivo del Derecho, para lo cual la solución garantista de Ferrajoli parece de las más oportunas; sino engloba los criterios de legitimación (interna y externa) de la acción, aún de aquella preventiva o interventora del Derecho, en función del (de los) proyecto(s) de vida. Pero esto es asunto a intentar desarrollar en otro lugar.

De otro modo, desde el marco categorial del pensamiento jurídico moderno, éste sólo es competente para dar respuesta a la pregunta por la validez (lógico-formal) de las normas jurídicas, legales y consuetudinarias, generales y particulares. Desliza el problema de la efectividad, ya no de las normas particulares sino del ordenamiento jurídico como un todo, a una consideración eficientista (el principio de efectividad); pero deja aislado ese mismo ordenamiento jurídico de todas las demás esferas de la realidad, incluidas las condiciones materiales que posibilitan alcanzar esa efectividad. Por otra parte, hay una reducción del fenómeno jurídico a los esquemas legales; también la costumbre, cuando es asumida como fuente jurídica, lo es en tanto susceptible de subordinarse a los esquemas legales, sea por la vía de la legislación, sea por la vía de una jurisprudencia sometida al *esquematismo de la ley*<sup>66</sup>. Esto excluye la consideración *jurídica*<sup>67</sup> de los derechos humanos, los reduce a normas legales, e invisibiliza las condiciones materiales de posibilidad de cualquier intento de realización de tales derechos humanos. Finalmente, interrumpe el proyecto secularizador/desacralizador que suponía el derecho positivo frente a las tendencias naturalistas, al autonomizar las condiciones de validez del orden jurídico del control democrático<sup>68, 69</sup>.

---

Tomado de [www.monografia.com](http://www.monografia.com)

---

[Principio del documento](#)

---

<sup>66</sup> En otra parte tendremos que discutir el problema de la inversión ideológica del principio de legalidad. Este que es pilar fundamental del estado de derecho, en condiciones antidemocráticas – del signo ideológico que sean – se vuelve un instrumento para la denegación de justicia y la absolutización del orden.

<sup>67</sup> Digo *consideración jurídica* en el sentido de que se trata de *modos de vida con pretensiones de normatividad en tanto adecuados/útiles (pertinencia) a proyectos de vida*.

<sup>68</sup> Aunque esto da para una discusión prolongada y profunda, sólo advierto que no se está haciendo referencia a supuestos modelos de democracia jacobina, ni mucho menos a supeditar la validez estrictamente normativa (lógico-formal) a los devaneos de la así llamada “opinión pública”. El control democrático está ligado a la clásica vinculación sistemática democracia-derechos humanos.

<sup>69</sup> Sevilla, 3 de Diciembre de 2000.