

CAPÍTULO DÉCIMO

CULTURA DE DERECHOS, CAÍDA DE LAS FRONTERAS Y DERECHO NATURAL

I. PLANTEAMIENTO⁴⁶²

La presencia de los derechos humanos es, sin duda, uno de los rasgos más sobresalientes de los sistemas jurídicos contemporáneos. Puede afirmarse, en este sentido, que desde mediados de siglo pasado transitamos una cultura de derechos. Uno de los términos con los que se ha designado este fenómeno es el de “neoconstitucionalismo”.⁴⁶³ La hipótesis que pretendo abordar en este trabajo es que los elementos más importantes de esa cultura de derechos —del “neoconstitucionalismo” presente en los sistemas jurídicos occidentales— no pueden explicarse de modo consistente sin una referencia explícita al derecho natural, aunque no se lo llame con ese nombre. Se examinará, concretamente, la conexión o imbricación entre el derecho natural y lo siguiente: *a)* el hecho de que las normas jurídicas referidas a los derechos expresan que se los “reconoce” (y no que se los crea o inventa);

⁴⁶² Una versión anterior de este trabajo fue publicada como “The Culture of Rights, Constitutions and Natural Law”, *Journal of Comparative Law: an Organ of the Association of Comparative Legal Studies* 8, 2013, 267-287.

⁴⁶³ Con el término “neoconstitucionalismo” se suelen designar dos realidades distintas, aunque relacionadas. Por un lado, “los rasgos principales del nuevo Estado constitucional, surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX en diversas partes del mundo”; por otro, “la incipiente teoría y/o ideología jurídica que tratan de hacerse cargo de él y justificarlo” (Serna, P., “Presentación”, en Cruz, 2005: XIII-XIX, XIV), y que suele presentarse a sí misma como una alternativa al iusnaturalismo y al positivismo. A lo largo de este capítulo me referiré sobre todo al primero de los sentidos. Sobre esta discusión, *cfr.*, además del libro precedentemente mencionado, Comanducci, 2006. Una síntesis de la teoría neoconstitucionalista en Prieto Sanchís, 2004: 47-72. *Cfr.*, asimismo, Cruz, 2006.

Sobre el debate que se ha dado en torno al neoconstitucionalismo como teoría, particularmente en torno al rol de los jueces, *cfr.* una mira crítica y penetrante en Hirschl, 2004, quien toma para su análisis los casos de Canadá, Nueva Zelanda, Israel y Sudáfrica.

En general, sobre este capítulo, *cfr.* un desarrollo en Zambrano y Cianciardo, 2019, cap. 1.

b) las conexiones cada vez más evidentes y profundas entre los sistemas jurídicos estatales y los sistemas jurídicos supraestatales; c) las Constituciones como resultado de un entramado de principios y reglas (no son, no pueden ser, un modelo puro de principios ni un modelo puro de reglas); d) el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios; e) el principio de razonabilidad. Los tres primeros elementos pertenecen a la estructura de los Estados neoconstitucionales; los dos últimos son aspectos de la dinámica judicial y legislativa de los derechos que allí son reconocidos. De este modo se cubrirán varios de los caracteres o aspectos cruciales de la así llamada por Alec Stone Sweet “fórmula básica” del nuevo constitucionalismo, difundido desde los años noventa del siglo pasado: “una Constitución escrita, profundamente arraigada, una declaración de derechos fundamentales, y algún modo de control de constitucionalidad judicial que permita proteger esos derechos”.⁴⁶⁴

En realidad, la hipótesis que pretendo desarrollar es doble: esto explica que en el trabajo se desarrollen dos ideas fundamentales (aunque con una extensión distinta); la segunda, más controvertida y compleja, supone la asunción al menos implícita de la plausibilidad de la primera. Partiendo del derecho constitucional comparado,⁴⁶⁵ en las páginas siguientes se intentará mostrar lo siguiente: a) que los elementos o caracteres de la cultura jurídica contemporánea que se considerarán son fenómenos cuya identificación, explicación y comprensión remiten a instancias que van más allá de la cultura misma (primera hipótesis); b) que en pos de que esos elementos alcancen su sentido pleno es necesario conectarlos con el derecho natural (segunda hipótesis). O dicho con otras palabras, que en la conexión entre la cultura de los derechos y el derecho natural hay mucho más que una explicación histórica de cómo los derechos humanos fueron apareciendo a lo largo de los siglos. Se comenzará con la exposición sucesiva de los cinco elementos ya mencionados.

⁴⁶⁴ Stone Sweet, 2012: 816.

⁴⁶⁵ Sobre la legitimidad e interés de estudios como el que aquí se propone, *cfr.* Rosenfeld y Sajó, 1-21. Ambos autores afirman que “el campo del Derecho Constitucional comparado ha crecido inmensamente en las últimas dos décadas. De ser una parte menor y oscura aneja al Derecho constitucional ha pasado ahora al centro y al frente. La prominencia y visibilidad de su ámbito ha crecido de modo exponencial entre jueces e investigadores, particularmente en los últimos diez años” (1). Sobre los aspectos estrictamente metodológicos del Derecho Constitucional comparado (y reconociendo su variabilidad “tanto como la que existe en el Derecho comparado, si no más”), *cfr.* Jackson, 54-74. *Cfr.*, asimismo, Jackson y Tushnet, 2002.

II. LAS CONEXIONES IMPLÍCITAS EN ALGUNAS DE LAS PRÁCTICAS DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS

1. *Los derechos y su reconocimiento*

En un artículo de hace ya varios años, el profesor de la Universidad de Navarra Javier Hervada formulaba una observación que con el tiempo no ha hecho más que ganar interés.⁴⁶⁶ Hervada ponía de relieve que: *a)* la totalidad de las declaraciones y de los tratados referidos a derechos humanos consignaban expresamente que “reconocían” los derechos allí enumerados, y *b)* que esta circunstancia constituía un “problema” para la filosofía del derecho.⁴⁶⁷

No le faltó razón al profesor español en ninguna de las dos afirmaciones. En primer lugar, los derechos humanos son *reconocidos* (esa es la expresión exacta que se recoge en los textos) por el legislador estatal o internacional y por los jueces encargados de su defensa, y es en ese hecho, en el reconocimiento, donde reside precisamente su signo de identidad, es decir, aquello que permite distinguir a los derechos humanos de esos otros derechos que, sí, son inventados o “puestos” (*positum*) por el hombre (aunque remitan, también, a instancias que no son fruto de una invención). Veamos algunos ejemplos existentes respecto de esto.

- 1) En la Declaración de Derechos de Virginia (1776) se dice (sect. 1): “That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity”.
- 2) En la Declaración de Independencia (1776) de los Estados Unidos se habla de derechos de los que el hombre ha sido dotado por el Creador en función de los cuales se instituyen los gobiernos.

⁴⁶⁶ Cfr. Hervada, 1982: 243-256.

⁴⁶⁷ Sostuvo textualmente Hervada: “Por derechos humanos se entiende comúnmente aquellos derechos —sin entrar ahora en si ese apelativo es exacto— que el hombre tiene por su dignidad de persona —o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana—, que deben ser reconocidos por las leyes; en caso de que esos derechos no se reconozcan, se dice que se comete injusticia y opresión. E incluso se admite que la falta de reconocimiento —el hecho de que no se respeten esos derechos— genera la legitimidad del recurso a la resistencia, activa o pasiva. Si se trata de derechos que deben ser reconocidos, cuya contravención genera injusticia e incluso el derecho a la resistencia, la conclusión parece evidente: por derechos humanos entendemos unos derechos que preexisten a las leyes positivas. Por eso, de estos derechos se dice que se declaran; y de ellos se dice también que se reconocen —no que se otorgan o conceden— por las leyes positivas” (Hervada, 1982: 244).

- 3) Una idea semejante, referente a unos derechos preexistentes (o “anteriores”) a las leyes positivas en función de los cuales nacerían las comunidades políticas y los gobiernos, se repite en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la que aparece la expresión *droits de l’homme* de la que deriva la de *derechos humanos*.

Para sus redactores, la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, estos derechos son derechos naturales, inalienables y sagrados, la Asamblea Nacional los reconoce y declara —no los otorga, concede o constituye— y su conservación es la finalidad de toda comunidad política; dentro de estos derechos figura la resistencia a la opresión.⁴⁶⁸

- 4) Más cercanos ya en el tiempo, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se habla repetidamente de derechos esenciales del hombre, y se afirma que “los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.
- 5) En la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) se comienza señalando que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; se dice también que los derechos deben ser “protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”; se afirma en el artículo 1o. que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; como señala Hervada, “constantemente se habla de reconocimiento, respeto y protección, nunca de otorgar o conceder. Y es obvio que se reconoce, respeta y protege por las leyes lo que preexiste a ellas”..., “lo que por ellas existe, se otorga y se concede”. Por otra parte, “en el lenguaje de la *Declaración Universal*, la tiranía y la opresión son los «actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad» originados por el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos”.⁴⁶⁹
- 6) En el “Preámbulo” del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) se ha-

⁴⁶⁸ Hervada, 1982: 245, remitiendo al preámbulo y al artículo 2o. de esa Declaración.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, 246.

bla de reconocer, aplicar, proteger, desarrollar y respetar los derechos humanos; en el artículo 1o. se dice que “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título 1 del presente Convenio”.

- 7) En el “Preámbulo” del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos (1966) se dice: “Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana...”. La frase, como señala Hervada, se encuentra literalmente reproducida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁷⁰
- 8) En el “Preámbulo” de la Convención Americana de Derechos Humanos se reconoce “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno”.
- 9) Otro ejemplo (yendo más allá de los propuestos por Hervada) lo proporciona la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.⁴⁷¹ Se dice en su artículo 1o. que:

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda discriminación, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

- 10) Un último caso, entre muchos otros que podrían darse, es el de la Ley Fundamental de Bonn.⁴⁷² Se dice en su artículo 1o. (Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales):

⁴⁷⁰ *Idem.*

⁴⁷¹ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, de acuerdo con lo establecido en su artículo 27. *Cf.* Zumaquero y Bazán, 1998: 87-100.

⁴⁷² Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949 (*Boletín Oficial Federal I*, p. 1) con las 52 revisiones realizadas desde aquella fecha; última revisión del 28 de agosto de 2006 (*Boletín Oficial Federal I*, p. 2034) (*Boletín Oficial Federal III* 100-1), Herausgeber: Deutscher Bundestag, editado por Bundestag Alemán —Verwaltung—, Referat Öffentlichkeitsarbeit, Sección de Relaciones Públicas, Berlín, 2009, www.bundestag.de.

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

En segundo lugar, tampoco le faltó razón a Hervada cuando sostuvo que ese rasgo común a todos los documentos sobre derechos humanos generaba (y continúa generando) un problema para la filosofía del derecho, en especial para el positivismo jurídico ampliamente difundido en la filosofía jurídica española al momento en el que ese artículo fue escrito. Desde esta última perspectiva, como el derecho proviene exclusivamente de una fuente social, los derechos humanos adquieren su condición de “derechos” como consecuencia de una práctica social que sólo remite a ella misma, y, entonces, no parece haber espacio para derechos pre-existentes: todo el derecho y todos los derechos son fruto de la libérrima actividad de aquel a quien se le reconoce socialmente la autoridad de hacerlo, sin más límite que el de su imaginación.

Si la explicación positivista fuese la única posible, se abrirían entonces dos alternativas: *a)* la asimilación de los derechos humanos a derechos positivos, y por lo tanto su pérdida de sentido (de su identidad). Dicho con otras palabras: si los derechos humanos no son capaces de limitar al poder y de guiar su actuación, entonces no se distinguirían en nada del resto de los derechos, y aunque podrían tener, quizá, relevancia política, carecerían de relevancia jurídica; *b)* la insistencia en la posibilidad de un discurso jurídico acerca de los derechos que renuncie a la posibilidad de fundamentarlos. Los derechos descansarían, desde esta perspectiva, sobre un fundamento ficticio (lo que supondría asumir, por tanto, que los derechos no pueden fundamentarse racionalmente). Sobre este punto volveré más adelante.

Tanto uno como otro camino tienen múltiples dificultades que no es del caso exponer ahora.⁴⁷³ Sí vale la pena asegurar la existencia de una vía distinta, consistente en conectar la noción de derechos con la de bienes humanos básicos, que preserva simultáneamente el carácter de determinación o la dimensión de positividad que tiene el derecho de los derechos humanos (tanto en el ámbito de las normas como en el de las sentencias que los reconocen), sin perder de vista que remiten a instancias que se encuentran más allá de las fronteras de los textos.⁴⁷⁴

⁴⁷³ Serna, 1998: 23-79; Serna, 1990, *passim*.

⁴⁷⁴ Finniss, 2011: 59-99.

2. *La proyección internacional del reconocimiento y la protección de los derechos*

En los últimos sesenta años hemos asistido a una aceleración en el proceso de reconocimiento, tutela y promoción de los derechos humanos al interior de los Estados y en sede internacional,⁴⁷⁵ que ha llevado a algunos autores a hablar de un “constitucionalismo transnacional”.⁴⁷⁶ Se trata, en realidad, de dos movimientos convergentes (uno desde el Estado hacia dentro de sus fronteras; el otro, desde fuera de las fronteras del Estado hacia dentro de sus fronteras), pero en algunos aspectos conflictivo. ¿Qué hacer cuando surgen diferencias entre el reconocimiento, la protección y la promoción propuestos por el Estado y desde fuera del Estado? ¿Cuál de esas influencias debe primar? Se han dado, al respecto, tres respuestas: para el monismo nacional, la primacía corresponde al derecho estatal; para el monismo internacional, en cambio, debe prevalecer el derecho internacional; para el dualismo, por último, Constitución o normas internas y tratados tienen una validez independiente.⁴⁷⁷

En el caso argentino, por poner un ejemplo, los partidarios del monismo estatal suelen citar en su favor dos textos de la propia Constitución: el artículo 27, que establece que los acuerdos internacionales deben conformarse con los principios de derecho público contenidos en la Constitución,⁴⁷⁸ y el artículo 31, que cuando se refiere a la “ley suprema de la Nación” las enumera en el siguiente orden: “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras”.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ Cfr., al respecto, el interesante trabajo de Harrington, 2012: 153-182. El proceso ha sido particularmente intenso en Europa y en América Latina. Es interesante, en este sentido, el análisis de los cambios ocurridos en México, sobre todo a partir de la reforma constitucional que fuera publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, que —entre otras cosas— otorga rango constitucional a los tratados internacionales. Cfr. Herrerías Cuevas, 2011.

⁴⁷⁶ Cfr. Jackson, 2010, esp. 257-285.

⁴⁷⁷ Cfr., al respecto, Boggiano, 1995: 1-12 y 123-129, y, Boggiano, *Teoría del derecho internacional. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. Ius inter iura*, Buenos Aires, La Ley, 1996, “Presentación”, 1-13 y *passim*.

⁴⁷⁸ Se dice textualmente en el artículo 27: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

⁴⁷⁹ Se dice en el artículo 31 que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones

Los partidarios de los otros dos puntos de vista, el monismo internacional o el dualismo, fundamentan sus posiciones en normas de derecho internacional como, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece en su artículo 27 que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.⁴⁸⁰

Como señala con acierto Carlos Nino, “lo curioso de esta controversia es que las dos posiciones son completamente circulares [ya que quienes defienden la prioridad de la Constitución se apoyan en la misma Constitución, y quienes defienden la prelación de las convenciones internacionales se apoyan en una convención internacional]”. Esto muestra, continúa diciendo este autor, “que la validez de cierto sistema jurídico no puede fundarse en reglas de ese mismo sistema jurídico sino que debe derivar de principios externos al propio sistema. Los jueces o juristas que debaten estas posiciones monistas o dualistas no pueden evadirse de recurrir a principios extrajurídicos, de índole moral en un sentido amplio, para apoyar sus posiciones”.⁴⁸¹ En tanto que el monismo pondrá el acento sobre la soberanía, el dualismo en sus dos variantes preferirá remarcar la universalidad de los derechos. Esto permite concluir que los sistemas jurídicos actuales no proporcionan respecto de este tema “un sistema cerrado de justificación de soluciones”.⁴⁸²

Retornando al caso argentino como ejemplo, resulta ilustrativo caer en la cuenta de que frente a los términos algo ambiguos del ya mencionado artículo 31 de la Constitución, la Corte Suprema, máximo órgano del Poder Judicial, interpretó inicialmente, en 1963, que existía una relación de

provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

⁴⁸⁰ Dentro de la parte III de la Convención (Observancia, aplicación e interpretación de los tratados), sección primera (Observancia de los tratados), se establece: “Artículo 26. «Pacta sunt servanda». Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. A su vez, en el artículo 46 se establece que: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

⁴⁸¹ Nino, 1994: 62.

⁴⁸² *Idem*.

“igualdad jerárquica” entre tratados y leyes,⁴⁸³ para luego, en 1992, resolver que la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno “integra el ordenamiento jurídico argentino”.⁴⁸⁴ Este criterio sería luego consagrado de modo expreso en la última reforma constitucional, de 1994.⁴⁸⁵

3. Los derechos y los principios *iusfundamentales*

El constitucionalista y iusfilósofo Ronald Dworkin llamó la atención, a fines de la década de los sesenta, acerca de lo siguiente: el sistema jurídico estadounidense consiste en un entramado de normas que puede dividirse en dos categorías, principios y reglas.⁴⁸⁶ Según Dworkin, la filosofía del derecho analítica contemporánea había estudiado las reglas sin tener en cuenta suficientemente la existencia y el rol desempeñado por los principios. Esa inadvertencia condicionaba fuertemente, en su opinión, la plausibilidad de la descripción del derecho propuesta por los trabajos de Herbert Hart y de sus seguidores.⁴⁸⁷

⁴⁸³ Cfr. los casos CSJN, *Sociedad Anónima Martín y Cía. Ltda.*, Fallos 257:99 (1963) y *Sociedad Anónima Petrolera Argentina Esso*, Fallos 271:7 (1968).

⁴⁸⁴ Cfr. los casos CSJN, *Ekmekdjian*, Fallos 308:647 (1992); *Fibraca*, Fallos 316:1669 (1993), *Hagelin*, Fallos 326:3268 (1993); *Cafés La Virginia*, Fallos, 317:1282 (1994).

⁴⁸⁵ Como una de las derivaciones evidentes de la jurisprudencia mencionada en la nota anterior, se estableció en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución reformada que corresponderá al Congreso: “22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁴⁸⁶ Dworkin, 1977.

⁴⁸⁷ Hart, 1961, *passim*.

Con el correr del tiempo se profundizó el estudio de la distinción entre principios y reglas,⁴⁸⁸ y se cayó en la cuenta de su importancia, de su rol decisivo de cara a una correcta comprensión del funcionamiento del derecho.⁴⁸⁹ Se sostuvo, con razón, que todo sistema jurídico mínimamente desarrollado incorpora principios, y que en todo sistema jurídico plenamente desarrollado su presencia es fácilmente constatable.⁴⁹⁰ Las Constituciones de los Estados democráticos se encuentran, indudablemente, inundadas de principios, a los que Alexy llama “principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del estado”.⁴⁹¹

¿Cómo diferenciar principios y reglas? En una apretada síntesis, se propusieron tres criterios.

- 1) El primero se relacionó con el diferente modo de obligar de unos y otras. En el caso de los principios (por ejemplo, el artículo 5o., inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”), el destinatario de la norma (todos los órganos del Estado y los particulares) se enfrenta a diversos caminos o alternativas, todos conducentes a cumplir con lo que la norma le indica. La norma, en rigor, no indica ningún curso de acción concreto, sino más bien un estado ideal de cosas hacia el que debe tenderse. Robert Alexy los ha llamado, por eso, “mandatos de optimización”.⁴⁹² El destinatario de las reglas (por ejemplo, el artículo 4o., inciso 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”), en cambio, sólo puede cumplir o no cumplir con lo que la norma prescribe. No hay niveles de cumplimiento, matices ni alternativas. Se cumple o no se cumple.
- 2) El segundo criterio parte del conflicto entre principios y de la colisión entre reglas. Uno y otra: *a)* se resuelven empleando herramientas distintas; *b)* tienen consecuencias diversas. La colisión entre reglas se

⁴⁸⁸ E incluso se aplicó al estudio de subsistemas específicos. *Cfr.*, por ejemplo, Alais, 2008; Mármol, y, especialmente, Sánchez-Ostiz, 2012.

⁴⁸⁹ *Cfr.* Alexy, 1997: 283-297. Por lo apuntado en el texto, la diferencia entre principios y reglas es, según este autor, “mucho más que una discusión de un problema teórico-normativo” (291).

⁴⁹⁰ *Ibidem*, 75-79.

⁴⁹¹ *Ibidem*, 76.

⁴⁹² Concretamente, “optimization requirements”. *Cfr.*, Alexy, Robert, “Rights and Liberties as Concepts”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, *cit.*, 283-297, 291.

resuelve acudiendo a alguno de los cuatro criterios elaborados por la teoría general del derecho para estos casos: competencia, jerarquía, especialidad, temporalidad. El conflicto entre principios no puede resolverse a través de esos criterios, puesto que las normas-principios han sido dictadas por el constituyente (legislador competente), tienen la misma jerarquía, son igualmente genéricas y fueron dictadas a la vez (no hay distinción desde el punto de vista temporal). Hay que acudir, por tanto, a criterios como el de ponderar un principio y otro (ésa es la propuesta, entre otros, de Robert Alexy).⁴⁹³ Por otro lado, en segundo lugar, la resolución de un conflicto entre reglas conduce a que la norma derrotada es en cierto modo expulsada del sistema jurídico. No será aplicada a este caso ni a los casos sucesivos. La resolución de una colisión entre principios tiene un efecto distinto: el principio derrotado no es expulsado del sistema. Lo que se ha decidido es algo distinto: la precedencia relativa —en esas concretas circunstancias— de un principio sobre otro. Esa relación de precedencia puede invertirse —ocurre constantemente— si cambian las circunstancias de hecho que dieron lugar al caso.

- 3) Con todo, el eje de la disputa en torno a la distinción entre principios y reglas no estuvo en estos dos criterios de distinción, sino que se generó a partir de lo siguiente: la regla de reconocimiento propuesta por Hart como criterio para identificar el derecho y distinguirlo de otros sistemas normativos era, según Dworkin, incapaz de detectar un tipo o clase de norma —los principios— cuya presencia en un sistema jurídico como el estadounidense resultaba evidente —como el propio Dworkin mostraba en una amplia gama de casos que analizaba con detalle—, puesto que su *pedigree* u origen no era fundamentalmente una institución, sino el reconocimiento por parte de alguna institución de, empleando una expresión de Joseph Esser, la “razonabilidad intrínseca” de esas normas.⁴⁹⁴

Más allá de los derroteros en los que derivó la discusión, especialmente luego de la publicación del *Postscriptum* del libro más célebre de Hart,⁴⁹⁵ lo cierto es que la admisión de principios “intrínsecamente razonables” sólo

⁴⁹³ Cfr. Alexy, 2002: 394-414. Cfr. una explicación del funcionamiento del *balancing test* en los Estados Unidos en Aleinikoff, 1987: 943-1005. Cfr. un análisis de la posición de Alexy en Jestaedt, 2012: 152-172.

⁴⁹⁴ Cfr. Esser, 1961: 52-87.

⁴⁹⁵ Shapiro, 2007.

tiene sentido si se refieren a (es decir, tienen por referente) bienes cuyo carácter de tales no depende del legislador o del juez que aplican tales principios.⁴⁹⁶ Dicho con otras palabras: la presencia de principios con esa característica sólo puede ser explicada por remisión a realidades que se encuentran más allá de la ley positiva en la que ellos son reconocidos y de la tarea consistente en interpretarlos en el contexto de un caso concreto.

4. *La justificación y los alcances del principio de proporcionalidad*

El reconocimiento de los derechos humanos en las Constituciones (como derechos fundamentales o derechos constitucionales) ha ido de la mano de la extensión del llamado “control de constitucionalidad”. Se trata de una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos que asigna a los jueces la función y el poder de declarar la inconstitucionalidad de todas aquellas normas dictadas por el legislador que vulneren los derechos reconocidos en la Constitución —es decir, de invalidarlas—. ⁴⁹⁷ No viene al caso, en el contexto de este trabajo, dar cuenta del desarrollo que tuvo esa institución y de sus diversas variantes históricas. ⁴⁹⁸ Sí vale la pena reiterar que su arraigo actual en los sistemas constitucionales es innegable, ⁴⁹⁹ más allá de las críticas, ⁵⁰⁰ por un lado, y de los elogios, ⁵⁰¹ por otro, que esta situación ha recibido. ⁵⁰²

Ahora bien, ¿cómo se lleva a cabo ese control de constitucionalidad? O dicho con otras palabras, ¿cómo hacen los jueces para determinar que la regulación de un derecho fundamental o constitucional viola lo establecido por la Constitución? La práctica constitucional de buena parte de los países occidentales ha respondido a este interrogante con la elaboración del principio de proporcionalidad, o principio de razonabilidad de la ley —cuya conexión con la idea de proporción y de igualdad, como se ha afirmado, es bastante clara—, ⁵⁰³ al que nos hemos referido extensamente páginas atrás.

⁴⁹⁶ Cfr. Massini Correas, 2004: 224-241.

⁴⁹⁷ Existe otra dimensión del control de constitucionalidad, que no será analizada aquí, referida a las competencias que la Constitución asigna a diferentes órganos del Estado, o al Estado y a los Estados en los que el Estado se subdivide.

⁴⁹⁸ Bianchi, 1992.

⁴⁹⁹ El *leading case* que dio lugar la creación de la *judicial review* fue *Marbury v. Madison*, 5 U. S. 137 (1803).

⁵⁰⁰ Urbina, 2012.

⁵⁰¹ Cfr. Schlink, 2012b: 291-312.

⁵⁰² Una referencia a la extensión de la difusión del principio en Alvez Marin, 2010.

⁵⁰³ Cfr. Schlink, 2012a: 718-737, 719.

Se trata de un elemento cuya presencia, como ya se apuntó, es evidente en el derecho constitucional comparado.⁵⁰⁴ Y la razón de esta presencia estriba, en primera instancia, en lo siguiente: como ha sostenido con razón Alexy, una comprensión correcta de los principios constitucionales —reconocidos en todas las Constituciones—, que los concibe como mandatos de optimización, “conecta a los derechos constitucionales de modo necesario con el análisis de la proporcionalidad”.⁵⁰⁵

Ya hemos expuesto en qué consiste el núcleo del principio de proporcionalidad. De acuerdo con él, para que una norma pueda ser considerada respetuosa de la Constitución debe atravesar tres juicios o sub-principios: *a)* debe ser adecuada o idónea, es decir, capaz de causar su fin (subprincipio de adecuación);⁵⁰⁶ *b)* debe ser necesaria o indispensable, esto es, la menos restrictiva de las igualmente eficaces (subprincipio de necesidad);⁵⁰⁷ *c)* debe ser, por último, proporcionada *stricto sensu*, es decir, el resultado de una ponderación proporcionada o razonable de los beneficios y de los perjuicios que se causan con su dictado.⁵⁰⁸

Corresponde a continuación profundizar un poco en algunas de las implicancias de lo que se dijo respecto de la proporcionalidad en el capítulo séptimo. El principio de proporcionalidad remite, sin duda alguna, a instancias valorativas que se encuentran más allá de los textos que constituyen su objeto directo (es decir, más allá de las normas cuya constitucionalidad se analiza y de la Constitución en la que se reconocen los derechos). Esto se percibe al menos en lo siguiente.

- 1) En primer lugar, la conexión entre el principio de proporcionalidad y las instancias valorativas aludidas se percibe en la justificación del principio. ¿Por qué la constitucionalidad es proporcionalidad y no más bien desproporción? Esta pregunta no se puede responder en última instancia desde la Constitución misma,⁵⁰⁹ o, dicho con otras palabras, el reconocimiento del principio de proporcionalidad por parte de una Constitución e incluso de un grupo de Constituciones (sea a través de su recepción expresa en el texto constitucional o mediante su aplicación por los jueces) no explica por qué esa Cons-

⁵⁰⁴ Reconoce esto Landau, 2010: 363.

⁵⁰⁵ *Cfr.* Alexy, 1997: 283-297, 292.

⁵⁰⁶ Bernal Pulido, 2014: 692-740.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, 740-763.

⁵⁰⁸ Rivers, 2006: 181.

⁵⁰⁹ *Cfr.* Cianciardo, 2009: 127-138.

titución o esas Constituciones deberían reconocerlo —es decir, qué razones justifican su reconocimiento más allá de una o varias Constituciones concretas—. Preguntarse por la proporcionalidad en un sentido como el que aquí se sugiere conduce necesariamente a la distinción entre principios y reglas desde la perspectiva que ofrece el tercero de los criterios de distinción propuestos más arriba. Es decir, a responder, al menos inicialmente, que el principio de proporcionalidad debe su existencia al hecho de que los sistemas jurídicos son un entramado de principios y reglas. Pero esta no puede ser la respuesta definitiva, porque cabe aún interrogarse acerca del porqué de la existencia de los principios. Es decir, acerca de cuál es la razón que justifica que todo sistema contenga principios y reglas, y no sólo reglas.⁵¹⁰ Y esto último, a su vez, conlleva la necesidad de preguntarse qué es lo que hace que un enunciado normativo sea intrínsecamente razonable, lo que si bien permite partir del plano normativo exige no quedarse en él sino trascenderlo, porque en última instancia razonabilidad intrínseca o extrínseca sólo puede predicarse de aquellos bienes cuyo carácter de bien reside en sí y no en el hecho de que una norma se lo adjudique.

- 2) En segundo lugar, el examen de cada uno de los subprincipios que componen el principio de proporcionalidad permite llegar a una conclusión parecida a la del párrafo precedente, puesto que todos ellos hacen referencia a fines —aunque desde perspectivas no enteramente coincidentes—, y los fines remiten a bienes cuya determinación no es fruto exclusivo de un análisis de las normas.⁵¹¹ En el caso del primer subprincipio el bien que se busca es la eficacia, es decir, la conexión entre un determinado fin y los medios que conducen a su logro; el bien que subyace al segundo subprincipio es la eficiencia, puesto que se asume como deseable que en aras de alcanzar un fin se emplee el medio eficaz que menos daño cause a otros bienes distintos de aquel que se persigue como fin de la norma; en el caso del tercer subprincipio se apunta que es una primera instancia a la justificación de la medida, que reside, tal como se interpreta a la proporcionalidad *stricto sensu*, en la existencia de un balance entre costos y beneficios. En definitiva: cada uno de estos bienes subyacentes en

⁵¹⁰ Para una respuesta definitiva a estos interrogantes no alcanza, en mi opinión, con un análisis puramente lógico como el que propone Robert Alexy. Cfr. Alexy, 2002: 47. Siguiendo en este punto a Alexy, cfr. Barak, 2012b: 738-755, 741 y 742.

⁵¹¹ Cfr. Cianciardo, 2009: 138-142.

los subprincipios se sitúa más allá del plano normativo, lo trasciende, nos situemos en la norma cuya proporcionalidad se evalúa o en el mismo texto constitucional.

- 3) Por último, en tercer lugar, también se percibe la conexión entre el principio de proporcionalidad e instancias valorativas extranormativas en lo siguiente: la posibilidad de que el principio cumpla con el fin para el que fue concebido (ser “límite de los límites” que el legislador impone a los derechos humanos)⁵¹² depende de que el tercer subprincipio no sea sólo un balance entre costos y beneficios. Si fuera eso y nada más,⁵¹³ entonces bastaría con dar con una finalidad lo suficientemente alta para que los perjuicios “justificados” fuesen (o pudiesen ser) violaciones de los derechos.⁵¹⁴ Por ejemplo, alcanzaría con decir que se persigue como fin algo tan relevante como acabar con el terrorismo internacional para “justificar” —desde la perspectiva que aquí se critica— violaciones del debido proceso legal. Para evitar esto, en otro lugar he propuesto que a la dimensión de “justificación” de la medida se le agregue una segunda dimensión que atienda a la intangibilidad del derecho (o de los derechos) en juego;⁵¹⁵ es decir, a su contenido, que si se pretende indisponible deberá asociarse a un referente cuya existencia no dependa de su reconocimiento normativo, ni de la pura discrecionalidad del intérprete.⁵¹⁶ El mejor modo de progresar por este camino, cuya elucidación desborda los límites del presente estudio, será esbozado en el último punto de este trabajo.

5. *La justificación y el contenido del principio de razonabilidad*

Un segundo rasgo de la dinámica de la “cultura de los derechos” en que estamos inmersos es el principio de razonabilidad, que se despliega en dos

⁵¹² Cfr. Barak, 2012b: 738-755, 740 y 741.

⁵¹³ Incluso si se aceptase que es “sólo eso”, estaríamos ante “el corazón del análisis de proporcionalidad”, porque están en juego aquí “no hechos sino valores”, lo que hace de este subprincipio “el más desafiante” (Schlink, 2012b: 718-737, 724).

⁵¹⁴ Partiendo de consideraciones similares, Francisco Urbina encuentra dificultades insalvables en el principio de proporcionalidad (cfr. Urbina, 2012. Otra crítica en Webber, 2010: 179-202. He intentado mostrar en otro lugar que resulta posible una comprensión alternativa superadora (Cianciardo, 2009, cap. 3).

⁵¹⁵ Cfr. un desarrollo de esta idea en Cianciardo, 2009: 107-125.

⁵¹⁶ Como parece ocurrir en el caso de Alexy. Cfr. la observación, a este respecto, de Bernhard Schlink en 2012a: 718-737, 724 y 725. La propuesta de Alexy en “The Construction of Constitutional Rights”, *Law and Ethics of Human Rights* 4, 2010, 19-32.

planos: el fáctico y el normativo. Luego de que en el siglo XIX campeara a sus anchas el formalismo jurídico, es decir, una serie de teorías del derecho que pretendieron resolver todos los problemas jurídicos a través de la lógica aplicada a las normas, en el siglo XX se cayó en la cuenta de que tanto el establecimiento de los hechos de cada uno de los casos que debían resolver los jueces como la determinación de las normas aplicables a ellos exigían de su parte tomar partido entre distintas alternativas *prima facie* idénticas desde el punto de vista de su corrección formal.⁵¹⁷

En efecto, los operadores jurídicos deben, por un lado, construir los hechos del caso, y esto se lleva a cabo a través de la selección de: *a)* los hechos jurídicamente relevantes entre un entramado de hechos; *b)* los medios de prueba conducentes; *c)* los medios de prueba más convincentes. Por otro lado, jueces y abogados se enfrentan a la necesidad de: *a)* seleccionar las normas aplicables; *b)* seleccionar el o los métodos de interpretación con los que interpretarán esas normas; *c)* seleccionar los resultados a los que esos métodos de interpretación conducen.⁵¹⁸

Esas múltiples selecciones que se producen en uno y otro nivel (el fáctico y el normativo), ¿con arreglo a qué criterio o criterios se deben llevar a cabo? Mientras las teorías del derecho del siglo pasado oscilaron entre la práctica equiparación entre discrecionalidad e irracionalidad,⁵¹⁹ por un lado, y la negación de toda discrecionalidad,⁵²⁰ por otro, lo cierto es que, poco a poco, la jurisprudencia constitucional comparada ha respondido esa pregunta con la elaboración del principio de razonabilidad, contracara de la arbitrariedad —proscrita de modo expreso por algunas Constituciones, como por ejemplo la Constitución Española en el artículo 9.3—. ⁵²¹

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, cada una de las elecciones a las que se enfrenta el operador jurídico deben ser afrontadas por él con “razonabilidad”. Esto significa que el operador jurídico está obligado a dar razones, a justificar la adopción del camino que escogió en cada una de las encrucijadas por las que transitó. Una decisión a favor de la que no se

⁵¹⁷ Cfr., al respecto, Peczenik, 2009, *passim*.

⁵¹⁸ En efecto, “la noción de «lo razonable» es usada... en cada uno de los pasos del razonamiento judicial: la determinación de los hechos, la cualificación e interpretación de las reglas aplicables, el uso de variadas fórmulas retóricas y lógicas” (Corten, 1999: 613- 625, 613).

⁵¹⁹ Kelsen, 1993: 353-355.

⁵²⁰ Dworkin, 1978.

⁵²¹ Se establece allí que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

han dado razones es irrazonable, arbitraria, y, por eso mismo, violatoria del derecho al debido proceso (*due process of law*) o, con expresión de las Constituciones europeo-continenciales, del derecho a la tutela judicial efectiva.⁵²²

Una descripción consistente del funcionamiento del principio de razonabilidad nos enfrenta, nuevamente, a preguntas cuya elucidación sólo puede hacerse conectando a las normas jurídicas con bienes o valores que se encuentran más allá de los textos. Veamos:

- 1) Como ocurría con el principio de proporcionalidad, cabe preguntarse acerca de la justificación y del contenido del principio de razonabilidad. ¿Por qué la razonabilidad y no más bien la no-razonabilidad o, incluso, la irrazonabilidad? ¿Cómo justificar el empleo de este principio? Esto presupone la inteligibilidad y la deseabilidad de lo razonable.⁵²³ Una y otra cosa remiten a consideraciones extranormativas —a razones más básicas— que el operador jurídico da por sentadas cuando aplica el principio de proporcionalidad.⁵²⁴
- 2) En segundo lugar, la pregunta acerca de dónde provienen las razones que justifican el establecimiento de los hechos y la determinación de las normas tampoco puede responderse sin acudir a valoraciones que se encuentran más allá de los textos. La respuesta, en efecto, no puede provenir de las normas mismas, porque si así fuera incurriríamos en la falacia de la circularidad entre causa y consecuencia (puesto que la causa de la indeterminación son las normas); o, dicho con otras palabras, como el problema que debíamos enfrentar consistía en determinar lo que las normas no determinan, la solución no puede estar en estas últimas, sino en algo ajeno a ellas, aunque conectado.
- 3) Por otra parte, también se perciben las estrecheces de un análisis exclusivamente normativo si se cae en la cuenta de que las razones a las que nos venimos refiriendo —es decir, las razones que el intérprete debe dar para justificar su elección fáctica o normativa— son distintas de las que cabría dar si el problema no fuese práctico sino teórico. El influjo de la filosofía moderna condujo a que durante muchos años se negara la existencia de razones morales, políticas y

⁵²² Lo dicho permite avizorar la importancia del estudio de la razonabilidad desde los inicios mismos de la formación en derecho. *Cfr.*, al respecto, Painter, 2001, en especial la “Conclusion”.

⁵²³ Sobre la inteligibilidad de lo razonable, *cfr.* Murphy, 2001: 96-138.

⁵²⁴ *Cfr. idem, passim.*

jurídicas. Todo lo más a lo que podía aspirarse en el ámbito práctico era a acuerdos basados en consensos que a su vez se asentaban en emociones compartidas. La práctica jurisprudencial del principio de razonabilidad presupone, en cambio, la existencia de un ámbito de razonabilidad para el derecho, distinto, como se dijo, del correspondiente a la teoría. Esa diferencia se percibe, sólo por poner un ejemplo, en el hecho de que el derecho posee un campo de “desacuerdo razonable”,⁵²⁵ cuya extensión y contenido son interrogantes a los que los operadores jurídicos se enfrentan de modo cotidiano. Las respuestas a estas preguntas cruciales (puesto que se trata, en definitiva, de preguntas acerca de cuál es el ámbito de lo jurídico) remiten al intérprete de modo constante a las conexiones del derecho con la moral y con la política.⁵²⁶

III. EN BUSCA DE UNA COMPRENSIÓN

El recorrido seguido hasta aquí nos permitió tratar la primera hipótesis de fondo del presente trabajo: los elementos centrales de la “cultura de los derechos” en la que están inmersos los sistemas jurídicos occidentales no pueden explicarse de modo consistente sin una referencia explícita a alguna instancia que se encuentre más allá de las normas concretas que los componen. Corresponde tratar a continuación la segunda hipótesis: que la única instancia capaz de dar sentido pleno a los derechos es el derecho natural. Con este fin, se tratarán a continuación tres cuestiones. En primer lugar, qué significa la expresión “derecho natural” tal como aquí se la empleará. En segundo lugar, cuál es la razón última que explica y permite, luego, comprender la hipótesis que se ha planteado. Finalmente, en tercer lugar, se examinarán algunas de las proyecciones de la tesis aquí expuesta.

1. *Derecho y derecho natural*

¿En qué sentido preciso nos referimos aquí a la expresión “derecho natural”? Sólo respondiendo a esta pregunta podrá entenderse qué se pretende afirmar cuando se dice, como aquí se ha hecho, que las instancias valorativas a las que remite cada uno de los elementos considerados en este

⁵²⁵ Cfr., al respecto, Besso, 2005: 91-119.

⁵²⁶ Cfr. Murphy, 2001: 157-219.

trabajo se relacionan con la idea de derecho natural. Hay al respecto un equívoco muy extendido, entre muchos otros, que conviene afrontar. El derecho natural, como ha dicho Javier Hervada, no debe ser entendido como “un sistema jurídico, orden u ordenamiento jurídico que subsista separado y paralelamente al derecho positivo, que sería otro sistema jurídico”.⁵²⁷ En efecto, el derecho natural “no es un sistema jurídico sino el núcleo básico, primario y fundamental de cada sistema de derecho u ordenamiento jurídico”.⁵²⁸ No existen, por eso, “dos sistemas de derecho, el ordenamiento jurídico natural y el ordenamiento jurídico positivo, sino que el sistema jurídico es *único*, un sistema jurídico unitario constituido por el derecho natural y el derecho positivo, o dicho con más precisión, formado por factores jurídicos naturales y factores jurídicos positivos”.⁵²⁹

Una comprensión del iusnaturalismo como la que critica Hervada, es decir, la consistente en afirmar que para esta posición existen dos sistemas jurídicos: el positivo, que estaría en los códigos, y el natural, que nadie habría visto jamás (se encontraría, aventurarían quizá algunos en tono de broma, en las sacristías de determinadas iglesias), es falsa respecto de los iusnaturalistas más relevantes,⁵³⁰ lo que justifica la queja de algunos de ellos.⁵³¹

⁵²⁷ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 4a. ed., Pamplona, EUNSA, 2008: 511.

⁵²⁸ *Idem.*

⁵²⁹ *Idem.*

⁵³⁰ Aunque no respecto del llamado “iusnaturalismo racionalista”. La afirmación de dos órdenes normativos separados condujo en última instancia —aunque a primera vista parezca paradójico— a la confusión entre derecho y moral. Esto se observa, por ejemplo, en Victor Cathrein (Cathrein, 1926: 268-286, y *passim*). Sostiene este autor que “el Derecho es una parte esencial del orden moral” (272), y que “no se puede abarcar enteramente el orden moral sin referirlo al orden del Derecho” ni, inversamente, “comprender el orden de Derecho sin entrar inmediatamente en el campo de lo moral” (274). Afirma, asimismo, que “como el restante orden moral, también el orden jurídico tiene su raíz y fundamento en la voluntad racional de Derecho, ordenadora del mundo; el cumplimiento de los designios divinos es su fin, y en la voluntad divina tiene su límite infranqueable” (277). *Cfr.* sobre este autor, Brieskorn, 2009: 167-185.

⁵³¹ *Cfr.*, al respecto, el agudo análisis de John Finnis en 2011: 23-55. Este tipo de confusiones y caricaturizaciones son, sin embargo, muy frecuentes. En una de ellas incurre Alexy cuando afirma que “quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional” (Alexy, 1991: 21). No hay, en efecto, autores iusnaturalistas de trascendencia que excluyan del concepto de derecho una de estas dimensiones (o ambas), como el propio Alexy reconoce poco después. Este autor explica, además, que “con la tesis según la cual existe una conexión entre derecho y moral pueden querer decirse cosas muy diferentes... En la polémica acerca de las relaciones necesarias entre derecho y moral se trata de una serie de aseveraciones diferentes. Una explicación de la esterilidad de

¿Qué significa que el derecho natural es un “núcleo básico”? Significa, entre otras cosas, que en cada una las normas que componen un sistema jurídico se da una mezcla de juridicidad intrínseca (de derecho natural), que proviene de su razonabilidad, y de juridicidad extrínseca (de derecho positivo), que proviene del hecho de haber sido dictada por el legislador competente, con arreglo al procedimiento previsto, y es eficaz. Esta mezcla o entrelazamiento se encuentra presente tanto en el caso de los principios, en los que a primera vista la función del legislador o del operador jurídica es secundaria, como en el de las reglas, que parecen *prima facie* fruto sólo de la decisión del legislador. Explicaré esto valiéndome de dos ejemplos, uno de principio y otro de regla, tomados de un caso resuelto por la Corte Suprema de la Argentina en 1980.

Se trata del caso *Saguir y Dib*. Los hechos se dieron del siguiente modo: un joven de veinte años necesitaba un trasplante de riñón. La única persona histoidéntica —es decir, compatible— identificada era su hermana menor, de diecisiete años y diez meses de edad. La norma que regulaba por entonces este tipo de trasplantes establecía que “Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...”. Como salta a la vista, a la dadora le faltaban dos meses para cumplir la edad referida en la ley. La joven y sus padres pidieron autorización judicial para suplir ese requisito y realizar la intervención. En el caso debía examinarse, por tanto, la interpretación correcta de la regla transcrita. Junto con la regla que directamente regía el caso, fueron alegadas por los demandantes y por el Ministerio Público, como herramientas a tener en cuenta para la decisión judicial, otras normas: las que reconocen el derecho a la salud (del joven), a la integridad física (de su hermana), y a la vida (de ambos).

Quienes critican la tesis de la conexión entre derecho y moral lo hacen desde dos perspectivas: *a)* afirmando que los sistemas jurídicos contienen sólo reglas jurídicas y no principios; *b)* afirmando que los sistemas jurídicos contienen reglas y principios. Tanto para unos como para otros no hay conexión porque la existencia y el contenido de las reglas (primera perspectiva), o de las reglas y principios (segunda perspectiva) dependen exclusivamente del legislador. El caso *Saguir y Dib* es un ejemplo de que la tesis de la

esta polémica es probablemente el hecho de que, a menudo, sus participantes no reconocen que la tesis que ellos defienden es de un tipo totalmente distinto al de la tesis que atacan, es decir, que mantienen diálogos paralelos” (*ibidem*, 33).

separación entre derecho y moral es falsa en el nivel de las reglas y en el de los principios. Veamos.

Podría pensarse, a primera vista, que el operador jurídico —en particular el legislador— es omnímodo en lo que se refiere a las reglas, en el sentido de que no tiene ningún límite a la hora de crearlas ni de fijar su contenido. Lo cierto es que, consideradas todas las circunstancias, se advierte que cuando el legislador crea una regla lo hace decidiendo dentro de unos márgenes con los que él se encuentra, y frente a los que sólo le corresponde su reconocimiento y respeto. Tomando la regla transcrita (según la que para ser donante de un órgano hay que ser capaz y mayor de dieciocho años) como ejemplo, resulta posible afirmar que el legislador podría seguramente haber establecido como “piso” una edad diferente (veintiún años, por caso, o dieciséis), pero no podría haber dispuesto la inexistencia de una edad mínima, o la obligatoriedad de los trasplantes, o la incapacidad como exigencia para su procedencia, alternativas todas ellas irrazonables porque supondrían traspasar el límite que los principios que gobiernan la relación jurídica subyacente imponen a la actuación legislativa.

Las reglas son, pues, el resultado de una decisión del legislador o del operador jurídico entre varias alternativas razonables. Dicho con otras palabras, la razonabilidad, que proviene de la finalidad dentro de la que las reglas se inscriben (por ejemplo, en el caso de las reglas de tránsito, asegurar que el tránsito sea seguro y veloz, razón por la que sería irrazonable que una regla estableciese que todas las calles de una ciudad tienen una misma dirección), impone un límite a la voluntad del operador jurídico; se trata del núcleo de derecho natural.

La sentencia de la Corte Suprema en *Saguir y Dib* pone de manifiesto, por otro lado, que los principios que utilizan los jueces a la hora de resolver los casos no siempre provienen del derecho positivo (entendido como las normas, en este caso constitucionales). Los jueces ponderaron los principios que reconocen el derecho a la salud, el derecho a la integridad física y —nada más y nada menos— el derecho a la vida; sin embargo, y esto es lo que cabe resaltar, ninguno de ellos tenía reconocimiento constitucional expreso en la Constitución argentina tal como regía cuando este caso fue resuelto.⁵³² Los jueces, en definitiva, asignaron carácter constitucional a

⁵³² Fueron derivados, por eso, del artículo 33 de la Constitución argentina, en el que se reconoce la existencia de derechos “no enumerados”. Su texto es el siguiente: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

tres principios que no lo tenían. ¿Significa esto que los principios no necesitan ningún tipo de positivación para existir? En caso de que la respuesta correcta fuese afirmativa, habría que afirmar la existencia de un doble ordenamiento: el positivo, constituido por reglas, y el natural, integrado por principios. Lo resuelto en esta sentencia pone de manifiesto, sin embargo, lo contrario: sin positivación no hay norma jurídica —ni reglas ni principios—. Lo que ocurre es que la puerta de entrada con que cuentan los principios es muy amplia: pueden ingresar al sistema jurídico a través del legislador, del juez, e incluso de un abogado (como ocurrió en el ejemplo).

Los principios son, entonces, el resultado del reconocimiento por parte del legislador o de un operador jurídico (un abogado, un juez...) de la razonabilidad intrínseca de un determinado bien humano (la salud, la integridad física, la vida). Nuevamente, como con las reglas, nos enfrentamos a una mixtura entre positividad (aportada por el legislador) y razonabilidad (aportada por el bien humano básico cuyo reconocimiento es el objeto del principio).

En síntesis, el examen de las normas que se utilizaron en *Saguir y Dib* permite concluir que: *a)* el legislador (o el operador jurídico) es indispensable para que un principio o una regla ingresen en el sistema jurídico; *b)* el legislador (o el operador jurídico) no es omnipotente al momento de legislar; es decir, que su imaginación y su voluntad de poder se topan con límites que provienen de una instancia externa a él (del derecho natural, concretamente); *c)* en el caso de las reglas, la presencia de estos últimos límites es remota, y se traduce en la existencia de múltiples alternativas razonables en manos del operador jurídico; *d)* en el caso de los principios, esa presencia es en cambio cercana: no hay más alternativa que el reconocimiento del bien que constituye el objeto del principio y, posteriormente, su ponderación con otros principios (lo que dará lugar a la formulación de reglas); *e)* por todo lo anterior, el sistema jurídico, integrado por principios y reglas, es simultáneamente natural (intrínsecamente razonable) y positivo (fruto de determinaciones que llevan a cabo los operadores jurídicos), tanto en unos como en otras.

Esta última afirmación es analítica, pero tiene un fundamento normativo o prescriptivo, a cuya consideración se dedicará el punto siguiente.

2. *Hacia las razones últimas*

¿Por qué razón o conjunto de razones una explicación consistente de varios de los elementos centrales de los sistemas normativos actuales requiere

ir más allá de la mera normatividad o positividad? ¿Por qué no alcanza con la instauración normativa y/o con la eficacia —cualquiera sea la dosis que empleemos para relacionar uno y otro elemento— para dar cuenta del fenómeno jurídico tal como lo observamos en los elementos precedentemente expuestos? En última instancia, la explicación reside en la imposibilidad de definir el derecho sin conectarlo con la moral. Dicho con otras palabras, los elementos mencionados no alcanzan para definir al derecho porque la conexión entre derecho y moral es *necesaria* —no es una opción conceptual a favor o en contra de la cual pueden darse argumentos normativos, es decir, no es un problema de estipulación o funcionalidad—.

Robert Alexy mostró esto último a través de tres argumentos. El primero es el “argumento de la corrección”.⁵³³ Afirmó con él que “tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección”.⁵³⁴ La pretensión de corrección tiene una doble relevancia: clasificante y cualificante. Los sistemas normativos que no formulan una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos (relevancia clasificante). Los que la formulan pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes (relevancia cualificante). Cuando se consideran normas aisladas o sentencias, la pretensión de corrección sólo tiene relevancia cualificante. Los sistemas, las normas y sentencias que no formulan una pretensión de corrección hacen incurrir a sus autores en contradicciones performativas, como muestra Alexy acudiendo a dos ejemplos ficticios: el de una Constitución que estipulase en su primer artículo que “X es una república soberana, federal e injusta”, y el de una sentencia en la que se dijese que “El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua”. “Los dos ejemplos muestran que los participantes en un sistema jurídico formulan necesariamente una pretensión de corrección. En la medida en que esta pretensión tiene implicaciones morales, se pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral”.⁵³⁵

Con esto, sin embargo, no queda demostrada la “tesis de la vinculación”. Alexy reconoce que un positivista podría estar de acuerdo con el argumento de la corrección y mantener, sin embargo, la tesis de la separación.

⁵³³ Un desarrollo de la posición de Alexy en Sieckmann, 2007: 189-205. Las raíces de la propuesta se encuentran en la conocida “fórmula de Radbruch”. Un estudio reciente e interesante sobre el tema en Bix, 2011: 45-57.

⁵³⁴ Alexy, 2004: 41.

⁵³⁵ *Ibidem*, 44 y 45.

Para ello dispone de dos estrategias. Puede, primero, aducir que la no satisfacción de la pretensión de corrección no implica la pérdida de la calidad jurídica. La pretensión de corrección fundamentaría —prescindiendo del caso límite del sistema normativo que no la formula de modo alguno— una conexión cualificante pero no clasificante. Por ello, si se prescinde del mencionado caso límite, la tesis de la separación no queda afectada en la medida en que apunte a una conexión clasificante. Se elige la segunda estrategia cuando se sostiene que la pretensión de corrección tiene un contenido trivial que carece de implicaciones morales y, por ello, no puede conducir a una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral.⁵³⁶

Alexy propone rebatir una y otra objeción a través del argumento de la injusticia y del argumento de los principios, respectivamente.

Según el argumento de la injusticia, cuando una norma aislada o un sistema jurídico considerado como un todo traspasan un determinado umbral de injusticia pierden el carácter jurídico. La ley extremadamente injusta no es derecho, y el sistema normativo extremadamente injusto no es un sistema jurídico. El argumento de los principios, por su parte, se refiere no a una situación excepcional, sino a la vida jurídica cotidiana. De acuerdo con Alexy, existe un camino que une la distinción entre principios y reglas con la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. Esa vía cuenta con tres tesis sucesivas, cada una de las cuales complementa a la anterior, especificándola: la “tesis de la incorporación”, la “tesis moral” y la “tesis de la corrección”. Según la primera, como se dijo líneas más arriba, “todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios”;⁵³⁷ de acuerdo con la segunda, la presencia (“la incorporación”) de principios en un sistema jurídico conduce a una conexión necesaria entre el derecho y alguna moral, puesto que al menos algunos de los principios que los jueces emplean para resolver los casos dudosos pertenecen a “alguna moral” (aunque no sea la moral “correcta”).⁵³⁸ Según la tesis de la corrección, por último, la conexión entre el derecho y la moral no es sólo con “alguna moral”, sino con la moral “que se considera correcta”. Se trata de “una aplicación del argumento de la corrección dentro del marco del argumento de los principios”.⁵³⁹ Alexy pone de manifiesto de modo contundente cómo los distintos argumentos que pueden esgrimirse contra las tres tesis no resisten el peso opuesto de argumentos contrarios. No entraremos aquí en

⁵³⁶ *Ibidem*, 45.

⁵³⁷ *Ibidem*, 76 y 77.

⁵³⁸ *Ibidem*, 79.

⁵³⁹ *Ibidem*, 81.

este debate porque nos desviaría de nuestro objetivo central. En conclusión, desde la perspectiva del participante de un sistema normativo, el sistema en su conjunto y cada una de sus normas se encuentran conceptualmente vinculados con la moral, como consecuencia de los tres argumentos mencionados (el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios).

Vale la pena, partiendo de estas ideas, avanzar un paso más. ¿Qué significa, sin embargo, la tesis de la conexión o de la vinculación desde la perspectiva precisa del Estado constitucional, en el que los derechos son una “política” que vincula “a todos los poderes públicos”? ¿Cuándo el gobierno reconoce o identifica, protege y promueve efectivamente esos derechos? ¿Cuándo lleva adelante esa “política de derechos”?⁵⁴⁰ O, dicho con otras palabras, ¿cómo llegar a un concepto, a un catálogo, a una fundamentación y a una interpretación de los derechos humanos que asegure el reconocimiento efectivo de los derechos —que evite inconsistencias—? En la exposición precedente cada uno de los problemas tratados —tomados del derecho constitucional comparado— involucró de modo directo estas preguntas. Su respuesta, tal como se intentó mostrar y sirve como conclusión global de lo ya dicho, requiere indispensablemente del recurso a instancias que van más allá de los textos normativos en los que los derechos son reconocidos. Podría pensarse, quizá, como hizo por ejemplo Norberto Bobbio, que la instancia aludida es el consenso,⁵⁴¹ puesto que la moral con la que el derecho se conecta sería sólo una construcción social a la que se llegaría mediante acuerdos; allí se encontrarían el fundamento de los derechos humanos y el lugar en el que debería buscarse la superación de las indeterminaciones semánticas que aparecen a la hora de interpretarlos. Hay un argumento, sin embargo, que quita todo atractivo a esta alternativa: el discurso de los derechos se ha presentado históricamente como el límite de “lo acordable” o, parafraseando al Tribunal Constitucional alemán, como “límite de los límites” que el consenso (incluso el consenso democrático) puede legítimamente imponer a la autonomía de la acción humana. Es decir, si el sentido de los derechos dependiera del consenso, los derechos carecerían de sentido. La solución, entonces, hay que buscarla en otro lado.

¿Dónde? Lo expuesto hasta aquí permite aventurar que una respuesta posible pasa por advertir lo siguiente: todo sistema jurídico formula no una sino dos pretensiones; por un lado, la pretensión de corrección a la que se refiere Alexy; por otro, una pretensión de objetividad moral, implícita en el

⁵⁴⁰ Martínez Pujalte, 1997.

⁵⁴¹ Bobbio, 2000.

argumento de los principios.⁵⁴² Por las razones expuestas a lo largo de este trabajo, sin una y otra el discurso de los derechos se torna autorreferente y, por eso, infundado e ininteligible.⁵⁴³

3. *Los presupuestos de las pretensiones de corrección y de objetividad moral*

Ambas presuponen al menos lo siguiente:

- 1) Que la razonabilidad de un sistema jurídico no depende enteramente de quien opera con él (legislando, adjudicando o traficando con el derecho), sino que descansa en parte en bienes o valores con los que los operadores se encuentran, que son verdaderos “universal y necesariamente, es decir, aplicables a todos los seres humanos en todo tiempo y lugar”.⁵⁴⁴ A esta afirmación se opone el relativismo, y plantea “que no puede darse ninguna verdad absoluta, universal y necesaria, sino que la verdad hay que concebirla en virtud de un conjunto de elementos condicionantes que la harían particular y mutable *siempre*”.⁵⁴⁵
- 2) Que la razón es capaz de conocer esos bienes o valores. A esta afirmación se opone el escepticismo,⁵⁴⁶ que “sostiene que la verdad existe o podría existir; pero no podremos alcanzarla, es decir, si existe o no una realidad es algo sobre lo que se ha de suspender el juicio. Algunas formas mitigadas de escepticismo sostienen que solamente podemos alcanzar la realidad como opinión probable, pero sin certeza”.⁵⁴⁷

La proposición formulada requiere al menos de dos precisiones complementarias. En primer lugar, la afirmación de que es posible

⁵⁴² Zambrano, 2009, *passim*.

⁵⁴³ Como se ha señalado recientemente, llama la atención que la aceptación de la presencia de elementos morales en el razonamiento jurídico por parte del neoconstitucionalismo y del positivismo incluyente no haya conducido a una reflexión más extensa y profunda sobre la objetividad de la moral. Por lo primero, una respuesta negativa a esta última pregunta implicaría la negación de la objetividad jurídica. *Cfr.*, al respecto, Etcheverry, 2008: 1, 2 y *passim*, y, del mismo autor, 2006, *passim*.

⁵⁴⁴ Orrego, 2010: 25.

⁵⁴⁵ *Idem*.

⁵⁴⁶ De un modo paralelo a lo expuesto en estas primeras “proyecciones”, Robert Hartmann ha definido al no-cognitivismo como la posición que niega alguna de estas dos proposiciones: a) hay valor; b) el valor es cognoscible. *Cfr.* Hartmann, 1965: 37.

⁵⁴⁷ Orrego, 2010: 25.

conocer el bien no necesariamente supone la aceptación de “hechos” a los que la razón debería acomodarse o debería reflejar. Esta es también una equivocada caracterización de la teoría del derecho natural en la que se suele incurrir.⁵⁴⁸ El conocimiento práctico difiere del especulativo precisamente en este punto:

...la razón directiva de la conducta humana es una razón con fundamento en la realidad, lo que no significa que conozca sus proposiciones por estricta correspondencia con unos supuestos “hechos morales”; por lo tanto, hay en la razón práctica... una dimensión constructiva o constitutiva, pero se trata siempre de una razón no *meramente* constructiva, sino que formula sus proposiciones a partir de la aprehensión de las estructuras de la realidad extramental.⁵⁴⁹

En segundo lugar, por tanto, los principios jurídicos son el resultado de una formulación de la razón práctica (no son árboles, piedras o animales)

...a partir de un elemento material dado por el conocimiento experiencial de las realidades humano-sociales, y de un elemento formal provisto por los primeros principios autoevidentes de la razón práctica... De este modo, la objetividad que se pretende para los principios jurídicos es más radical que la meramente transubjetiva, ya que depende de modo decisivo e inexcusable de una realidad independiente del sujeto.⁵⁵⁰

- 3) Que las personas razonables pueden referirse a esos bienes o valores con un lenguaje en el que la referencia tiene primacía sobre el sentido. Se oponen a esta posición quienes reducen el lenguaje al uso, y la

⁵⁴⁸ Cfr. Finnis, 2011: 33-36.

⁵⁴⁹ Massini Correas, 2008: 229. Desde una perspectiva complementaria se ha precisado que: “actuar... significa que el agente se ve obligado a introducir un orden en esos bienes [en un conjunto de bienes que, «considerados en sí mismo, no dicen nada acerca de la moralidad de la acción»], y esto ya es tarea de la razón práctica. Ese orden se llama intencionalidad. En efecto: el orden de una acción depende de la razón práctica tanto como la realidad depende de la voluntad. En la medida en que la intencionalidad de una acción puede estar o no en conformidad con el último fin, comienza a ser posible hablar de bien o mal moral. Éste, el bien de la acción, no se confunde con el bien de las tendencias o inclinaciones naturales... El bien de las inclinaciones naturales presenta todavía una cierta ambivalencia desde el punto de vista moral, una ambivalencia que es constitucional, porque responde a la necesaria apertura de la naturaleza humana a los múltiples fines proyectados por la razón” (González, 1998: 177).

⁵⁵⁰ Massini Correas, 2008: 238.

apoyan autores como Michael S. Moore, quien propone una “teoría realista de la interpretación constitucional”,⁵⁵¹ para cuya consecución una teoría semántica realista es un componente central.⁵⁵² No podría afirmarse que la Constitución, y en especial los derechos, son un límite al uso que hacen el Estado y los particulares del derecho si ella misma no supusiera algo más que el mero uso, si su referencia fuese enteramente fruto de una construcción.

La remisión propuesta —la pretensión de objetividad moral— y cada uno de estos tres presupuestos poseen un innegable aire de familia con las antiguas teorías de la filosofía clásica acerca de la razón práctica y el derecho natural. Frente al relativismo, “el universalismo clásico, como el de Platón y Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás de Aquino, admite la existencia de verdades particulares y contingentes, además de las verdades universales y necesarias”,⁵⁵³ frente al escepticismo, el cognitivismo clásico, “aunque admite la limitación del conocimiento humano y la dificultad o imposibilidad de alcanzar certeza en muchos casos, afirma la capacidad de la razón humana para alcanzar con certeza las realidades más básicas y también otras que son objeto de conocimiento científico o de reflexión racional en el ámbito teórico y en el práctico”.⁵⁵⁴ Lo que se ha expuesto hasta aquí partiendo de elementos tomados del derecho constitucional comparado permite intuir, en fin, que la “tradición central de Occidente” preserva aún un atractivo difícilmente igualable a la hora de hacer frente al desafío de hallar un discurso jurídico consistente,⁵⁵⁵ que dé cuenta de las relaciones del derecho con la moral y con la política, y evite su confusión con la violencia, el caos y la anarquía.

⁵⁵¹ Cfr. Moore, 2001. Cfr. del mismo autor, Moore, 2000; Moore, *supra*, en 335-423; 1985; 1988; 1989; 1995; 1981; 2012: 25, 4 y 435.

⁵⁵² Moore, 2001: 2091.

⁵⁵³ Orrego, 2010: 25.

⁵⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵⁵ George, 1995: 28 y ss.; Massini Correas, 1999, *passim*.