

Los derechos humanos como fundamento del discurso jurídico.

Rubén Marcelo Garate*

Resumen.

Pensar la fundamentación de los derechos humanos, implica entender no solo su sentido dentro del sistema jurídico, como principios constructores sobre el que se apoyan todas las instituciones del derecho, sino que también se relaciona con la posibilidad de reflexionar sobre la finalidad del sistema jurídico, en tanto que marcan la consecución de ideales éticos.

El presente trabajo pretende fundamentar filosóficamente los derechos humanos desde las modernas teorías discursivas y la idea de una moral universalista. En tal sentido, hemos profundizado en el estudio de las teorías de John Rawls, Carlos Santiago Nino y Robert Alexy, estableciendo sus similitudes y diferencias, lo que nos permite consolidar una posición, sino también comprender acabadamente su importancia.

Abstract.

The foundation of human rights, does not only demand understanding its meaning in the legal system. and the basic principles which are the cornerstone of all institutions of law, but it also requires a deep reflection on the purpose of the legal system as a way of achieving ethical ideals.

This paper surveys the philosophical aspects of human rights from the point of view of modern discourse-analysis theory and the tenets of universal ethical ideas.

Consequently, the theories of John Rawls, Carlos Santiago Nino and Robert Alexy have been explored, pointing out similarities and differences to support the approach and at the same time looking for a full understanding of the importance of the issue.

* Abogado. Profesor en Filosofía y Ciencias de la Educación. Jefe de Trabajos Prácticos, con funciones de Adjunto, Cátedra II de Introducción al Derecho. UNLP. Exprofesor de Filosofía del Derecho de las Universidades de Morón y UNLaM.

Los derechos humanos como fundamento del discurso jurídico.

Rubén Marcelo Garate

1.- En relación a los derechos humanos y su fundamentación

El tema de los derechos humanos se encuentra en el centro del debate filosófico contemporáneo porque indefectiblemente nos lleva a pensar sobre la posibilidad de su utilización como fundamento último de todo discurso jurídico. En la medida que se pretenda alcanzar un nivel de racionalidad suficiente que nos permita esperar de él cierto grado de corrección material. Llevándonos de este modo a entenderlos como un criterio de justicia y equidad.

Su naturaleza jurídica, nos permite reconocerlos como parte de los derechos subjetivos, mientras que su validez trasciende los ordenamientos jurídicos nacionales.

Bien sabemos que las relaciones que regulan los derechos humanos importan relaciones básicas de convivencia social, ya que afectan parámetros necesarios para el desarrollo humano, afectando la realización de los diferentes planes de vida de las personas.

Los derechos humanos o derechos fundamentales son habitualmente concebidos como derechos universales, es decir, derechos que se atribuyen a todos los seres humanos sin distinción. Este carácter universal forma parte del concepto de derechos humanos desde el comienzo de su historia (García Manrique, 2004; 45). Cuando se plantea la cuestión de la universalidad, habitualmente se piensa en si los derechos humanos, constituyen un modelo ético jurídico extensible a todo el mundo, al margen de diferencias culturales.

Para nosotros conforman por un lado un conjunto de criterios interpretativos, necesarios para la aplicación de las normas jurídicas, pero también constituyen el basamento ontológico de la acción argumentativa. Tal es así porque ambas actividades encierran una actividad axiológica, en miras a la máxima realización de los derechos humanos, como presupuesto de la justicia.

2.- Sobre la posibilidad de una definición de los derechos humanos

La filosofía política desarrollada por Kant, da fundamento a la teoría política liberal, que toma como base los principios de universalidad y autonomía. En este

sentido la libertad se presenta como un a priori de la voluntad social. Todo esto le permite formular la idea de la existencia de un derecho para todos los pueblos, que encuentra su fundamento tanto en el derecho político, como en el derecho de gentes, y que permite garantizar la paz social de forma permanente (Kant, 2007: 67).

Para Juan B. Alberdi (1947:112), creyó en la posibilidad de un derecho internacional que tomara los principios del derecho de gentes, de los antiguos romanos, que permitiera mantener la paz social. Reconociendo que el derecho se asienta sobre la base común del principio que reza: “el derecho de cada hombre expira donde empieza el derecho de su semejante”. En tanto que, la justicia no es otra cosa que la medida común del derecho de cada hombre, de modo tal que la igualdad resulta ser el criterio de aplicación de los derechos.

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

Otra definición que recogemos es la de Antonio E. Pérez Luño (2005), quien afirma que los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Como sostiene Bidart Campos (1995: 2) los derechos humanos son la pauta axial del derecho constitucional contemporáneo, puesto que toda la interpretación de la constitución debe girar en torno a la protección de los derechos humanos, que adquieren así el lugar central del sistema.

En un sentido similar se encamina Dworkin (1975) llamando derechos individuales a los derechos fundamentales, diferenciándolos de los derechos colectivos. Entendiendo que ellos deben aplicarse cuando no hay alguna razón que justifique negarle, a los individuos lo que desean hacer o tener, imponiéndoles alguna pérdida o perjuicio. En consecuencia, muchos derechos pueden ser llamados universales, porque a

favor de ellos se dispone siempre de argumentos que los justifiquen bajo cualquier circunstancia que sea razonablemente.

3.- Distintas fundamentaciones

Cuando Cossio, sostiene la tesis que el derecho debe ser entendido como conducta en interferencia intersubjetiva (Cossio, 1987: 151), esta reconociendo que los derechos son y regulan relaciones entre personas. Esta perspectiva relacional, es importante a la hora de pensar una fundamentación de los derechos humanos.

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

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

1. Doctrina del derecho natural: que adopta la visión teológica, con un fundamento iusnaturalista, recurriendo a una explicación que parte de la voluntad divina. Sin embargo, podemos afirmar que también se adopta esta teoría, cuando se asume una visión teleológica de la realidad que se funda en la determinación de la finalidad de la propia naturaleza.
2. Doctrina del derecho racional: reconocer que la persona es un fin en si mismo y que por lo tanto, la doctrina del imperativo categórico nos lleva al respeto de la autonomía y el reconocimiento de la dignidad humana.
3. Doctrina de la ética discursiva: que basa la defensa de los derechos humanos en el carácter discursivo y dialógico de la moral universalista, inspirada en la intersubjetividad humana.

Esta última inspirada en lo que se ha dado en llamar el “giro lingüístico”, producido por la filosofía general que asume la posición de un constructivismo radical (Scaravino, 2007:13). En esta línea encontramos el pensamiento de Habermas, que reinterpreta la eticidad de Hegel en los términos wittgensteinianos de los juegos de lenguaje. Entendiendo que cualquier intercambio lingüístico implica, por parte de los interlocutores, la aceptación de ciertas reglas de juego, una suerte de contrato tácito e inconsciente muy semejante al trasfondo de valores y creencias compartidas. De modo que la actividad comunicativa no pone en relación, a individuos abstractos o atómicos, a la manera de Hobbes o Rousseau, sino a miembros de una misma cultura, que encarnan

roles en ciertas situaciones de comunicación o juego de lenguaje (Scaravino, 2007: 101).

Por lo que toda acción comunicativa, supone un consenso en el que es posible pensar desde la existencia de un contrato implícito, con el interlocutor en el que se deben respetar ciertas reglas, que permitan lograr la comunicación, incluso necesario para establecer desacuerdos y eventualmente persuadir a algún auditorio.

La “ética de la discusión” de Habermas, se basa en el imperativo de la razón práctica kantiana: no se puede tomar al otro como un objeto sino siempre como un sujeto es decir, como un interlocutor o un participante en un juego de lenguaje. Más allá de la diversidad de normas consuetudinarias o culturales, existiría una norma fundamental, éticamente racional, basada en la libre aceptación de las reglas del entendimiento comunicativo.

Esta afirmación nos lleva indefectiblemente en el plano jurídico – político a una revalorización de la democracia consensual y del Estado de derecho.

El derecho se convierte, en la institucionalización de la racionalidad comunicativa, cuando establece como norma ética fundamental la consideración del otro como un interlocutor válido y no como un objeto, con la sola finalidad de buscar la construcción de consensos.

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

Por ello sostenemos que, los derechos humanos se inscriben en los siguientes supuestos:

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

Es claro que el derecho, por sí sólo, sin acompañamiento de transformaciones materiales en lo económico y lo político no son un pasaporte al paraíso; ni tampoco constituyen un exceso de confianza en el derecho, más bien implica una reivindicación del Estado Social (Arango, 2004: 60).

4.- En relación al discurso jurídico

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

Reconocemos la posibilidad de fundamentar los derechos humanos desde una posición discursiva y por lo tanto, como supuesto de la acción discursiva, que solo puede darse en un Estado que organiza sus instituciones de manera democrática, en el cual se asegure el pleno desarrollo, tanto de la autonomía privada como de la pública. Reconociendo, en los principios de autonomía y universalidad, la razón de ser de los derechos humanos como factor de protección y factibilidad de dichos principios (Villar Borda, 2004: 47).

En este sentido, podemos afirmar que se propone maximizar la libertad de los individuos que integran una comunidad política, minimizando las restricciones a esa libertad. Por lo tanto se debe tener en cuenta que toda limitación a la libertad, debe imponerse como resultado, de un procedimiento de balance entre los intereses en conflicto, que tenga en cuenta la viabilidad de las restricciones, en función de la protección del mayor espacio para el desarrollo de la libertad individual (Vilanova, 1993: 170).

5.- Los derechos fundamentales como principios de justicia

La perspectiva neokantiana que asume John Rawls, le permite desarrollar sus ideas desde una posición original de carácter ideal, consistente en un acuerdo mínimo de principios de justicia política, sobre la que se construye la estructura social básica, considerándose a cada individuo como un sujeto libre, igual y racional¹. Haciendo jugar de este modo el principio de autonomía como un factor fundamental, a la hora de establecer acciones positivas. La plenitud de la libertad individual se muestra en la participación y en los compromisos políticos o no políticos, que se asuman como parte de la búsqueda de algún bien.

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

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

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

Esta idea de los derechos hay que entenderla, dentro de la nueva concepción surgida después de la catástrofe de la segunda guerra mundial. Su sola formulación determinan las pautas para un pluralismo cultural, en tanto que son considerados como un conjunto de “derechos mínimos”, al encontrarse ligados a las ideas de bien y justicia. Sobre el que se construyen acuerdos políticos que sirve de base, para la construcción de una sociedad liberal. Sólo en este tipo de sociedades la aplicación de estos derechos se produce de forma total.

Mientras que en las sociedades jerárquicas, la aplicación de estos derechos es deficiente. Sin embargo, son susceptibles de estar bien ordenadas, en la medida que cumplan con los siguientes requisitos: a) Que sean pacíficas. b) Que el sistema jurídico, se estructure en base a una idea de justicia compartida, y que los jueces y administradores jurídicos confíen en que el derecho, se encuentra orientado por esa concepción de justicia. c) Que existan formas apropiadas de que los ciudadanos puedan ser escuchados, respetándose los distintos valores religiosos o filosóficos de esa sociedad. d) Que exista posibilidad de disenso.

Los derechos humanos desde su carácter universal, marcan un mínimo moral de justicia, garantizando de este modo la solidaridad social. En tanto que se protege la autonomía de la razón en primer término, al grupo deliberativo y por último al sujeto que realiza una elección personal. Mientras que su función, es la de otorgar legitimidad del régimen jurídico. De modo tal que todo razonamiento jurídico debe apelar a una fundamentación basada en los derechos humanos, si pretende mantener cierto grado de racionalidad. En la medida que estos derechos han sido aceptados por el conjunto de la comunidad internacional, representan una condición sine qua non del acuerdo explícito

para conformar un mínimo de derechos, reconocidos por los regímenes políticos democráticos.

En consecuencia, los juicios son capaces de razonabilidad, en la medida que ellos tomen como fundamento a los derechos humanos. Claro que esto implica un proceso de interpretación y la elección de criterios de aplicación. Frente a lo cual, puede generarse algún tipo de conflicto, por lo que, resulta importante mantener una actitud no-fundamentalista en los participantes del discurso, en la medida que se pretenda alcanzar acuerdos razonables sobre cuestiones de justicia política. Para ello, se requiere que el discurso se mantenga dentro de los límites de las convicciones razonadas, debiéndose utilizar formas de razonamiento e inferencia, apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales. Argumentando desde las creencias, razones y valores políticos, compartidos por la comunidad. Solo de esta forma, la justificación pública, puede partir de premisas compartidas y suscriptas por una amplia mayoría, producto del resultado del consenso social.

Según lo expuesto, la concepción política de justicia, ya no implica decir exactamente cómo han de resolverse las cuestiones, sino de exponer un marco de pensamiento en el que se pueda plantear, las posibilidades de producir acuerdos completos sobre todas las cuestiones, en la cual los derechos fundamentales juegan un rol singular como parte de la búsqueda de una justicia entendida como equidad según las cambiantes circunstancias sociales.

6.- Sobre los principios jurídicos

En relación a lo que venimos exponiendo; podemos pensar que necesitamos dar una fundamentación discursiva de los derechos humanos, atento que ellos son el fundamento último de todo discurso jurídico y solo en ellos encontramos los criterios que sustentan la argumentación del razonamiento práctico, que intenta brindar el mayor grado de verosimilitud y previsibilidad.

Primeramente debemos recordar, que las reglas de la moral positiva generan en el discurso, la necesidad de recurrir a distintos tipos de principios, teniendo en cuenta una moral de tipo ideal. Esta moral positiva a la que nos referimos, solamente puede describir hechos, que surgen cuando el hombre moral busca una justificación de sus actos y decisiones (Nino, 1989: 93).

Ahora bien, una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos, que la gente está dispuesta a formular. De modo que, sería equivocado aislar completamente la moral ideal de una moral social.

El derecho tiende a reducir los conflictos sociales y a facilitar la cooperación a través de dos elementos que en conjunción lo distinguen de los otros sistemas normativos: la autoridad y la coacción.

Sin embargo, ningún sistema jurídico no puede preservarse sólo, sobre la base del temor por miedo a la coacción. Sino que además se requiere de la creencia, en la legitimidad moral de los órganos del sistema, difundida entre buena parte de los súbditos.

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

El discurso moral constituye una técnica para convergir ciertas conductas y actitudes, sobre la base de la coincidencia en razones morales. Así, por medio de las argumentaciones expuestas en el discurso la moral, se generan acciones y actitudes que evitan conflictos y facilitan la cooperación a través del derecho (Nino, 1989: 102). Como en los juegos, se puede sugerir que el discurso moral, es una actividad que se desarrolla conforme a reglas implícitas, que establecen cual debe ser la próxima jugada, en función de la formulación de juicios, que nos dicen si existen razones para la acción.

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

Este discurso moral, está dirigido a obtener la convergencia de actitudes, a través, de la aceptación libre por parte de los individuos, de aquellos principios que deben guiar las acciones, frente a las acciones que realicen los otros (autonomía moral).

Así, podemos enunciar que: un juicio que expresa lo que debe moralmente hacerse “x” puede analizarse como un juicio que predica la realización de la acción “x” la que en ciertas circunstancias fácticas de índole genérica, y en función de un principio público sería aceptada como justificación última y universal de las acciones, por

cualquier persona participante, que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes (Nino, 1989: 117).

Esto nos permite llegar a la conclusión, que nuestros juicios morales son correctos, si los principios morales lo exigen, por lo que encuentran aprobación en todas las personas plenamente racionales.

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

Para Carlos Nino, es posible explicar los derechos humanos, partiendo de una concepción liberal de la sociedad, porque de la combinación de los principios liberales, es posible derivar los derechos fundamentales. En tal construcción, los derechos fundamentales pueden ser justificados racionalmente, desde una concepción metaética (Nino, 1989: 199).

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

1.- autonomía de la persona: que se relaciona con la libertad de hacer, para lo cual debe tenerse en cuenta la igualdad entre las personas. Sin embargo, cabe destacar que todo tratamiento igualitario no puede ser independiente de alguna concepción de lo que es bueno para el hombre y para su propia vida, ya que tratar a una persona como igual significa tratarla de la forma en que una persona buena y sabia; desearía ser tratada (Dworkin, 1971: 127).

De este principio se infiere, la integridad corporal y psíquica, la libertad en el desarrollo de la vida privada, la libertad de asociación y la libertad de expresión.

Estos principios tiene dos aspectos diferentes, uno relacionado a la moral autorreferente, dada la vinculación con en la adopción de ideales de excelencia, y otro aspecto que consiste en la veda hacia el Estado y a los otros individuos de interferir en su ejercicio.

De tal modo, que una de las reglas del discurso moral positivo, consiste en la afirmación que “es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, se juzgue valioso” (Nino, 1989: 203).

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

La función principal de los derechos, es la de limitar, la prosecución de objetivos sociales colectivos, es decir, que establecen una barrera a los objetivos que persiguen un mayor beneficio a su grupo de pertenencia. Por supuesto que esto no excluye la legitimidad de que se persigan objetivos sociales colectivos; o sea que se promueva el bien común cuando ello no implica vulnerar los derechos individuales básicos. En este sentido sostiene Peces Barba que, la visión colectivista postula entidades supraindividuales que tienen un status ontológico autónomo con intereses independientes de los individuos que la integran. En tal sentido, el bien común es reductible al bienestar de los miembros de la sociedad que se toma como marco de referencia.

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

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

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

En función de las acciones realizadas, se puede asignar responsabilidad, por medio de la formulación de un juicio acerca del valor moral de las acciones. Por lo tanto, advertimos que respetar la libertad del individuo no es lo mismo que satisfacer sus deseos. Dicho respeto depende, de que el individuo asuma las consecuencias que hayan tenido sus decisiones. Por este motivo se dice que: “los hombres deben ser tratado según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento”.

A la luz de las reglas del discurso moral, debemos considerar la significación de la voluntad, independientemente de los factores causales que puedan determinarla,

porque los principios básicos del liberalismo están apoyados en aspectos estructurales del discurso moral.

Ahora bien, Nino afirma que, el resultado del discurso, permite establecer un consenso ideal, que garantiza la verdad o la corrección del mismo. Los discursos reales, nunca pueden garantizar la corrección moral.

No obstante es posible establecer una relación entre los discursos reales o ideales, tomando como base las tres tesis siguientes (Alexy, 2009: 197).

La primera sostiene a la discusión como facilitadora del acceso a la verdad moral. De modo tal que, el seguimiento lo más ampliamente posible las reglas del discurso, lleva en sí una presunción de corrección.

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

La última tesis es la de la falibilidad, entendiendo que solo es posible una aproximación al discurso ideal, y que solo tenemos una presunción de corrección, la que puede ser contradecida en cualquier momento. Por lo tanto, todos los consensos reales siempre son falibles.

Existe una íntima relación entre discurso y democracia, porque sólo el discurso nos permite aproximarnos a la verdad moral, y a su vez solo en la democracia es posible pensar el discurso (Alexy, 2009: 199).

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

7.- La acción discursiva y el principio de autonomía

Las sociedades civilizadas necesitan reglar la convivencia por medio del derecho. Es en este sentido, debe entenderse la utilidad de los derechos humanos, como protectores de la autonomía de los individuos. Si bien debemos reconocer que no

hablamos de una autonomía ilimitada y sin restricciones, sino de una autonomía que otorga fundamento a los derechos².

Para que el discurso jurídico, sirva en la construcción de consensos y se contribuya a la convivencia, debe partirse de la base del reconocimiento de la igualdad y la libertad del interlocutor.

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

En tal sentido, podemos afirmar que la resolución de los conflictos sociales, depende, por un lado de los consensos discursivamente alcanzados y por el otro, de la posterior ejecución de las resoluciones a las que se han arribado. Teniendo en cuenta que la acción debe respetar los principios a los que se ha juzgado como correctos y consecuentemente válidos. Ahora bien, debemos aclarar que esto no implica caer en la antinomia entre discurso y acción, sino más bien en pensar en la concreta relación.

Podemos reconocer que el principio de autonomía, funciona como un supuesto necesario para todos los discursos morales o jurídicos, cuando afirmamos que determinados derechos valen, porque son discursivamente necesarios para el sistema democrático (Alexy, 1995: 105). Esta fundamentación directa de los derechos humanos, se opone a una fundamentación de tipo indirecta que solo desde un análisis teórico discursivo, pretende establecer las reglas de procedimiento satisfactorias.

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

En consecuencia, el discurso logra validez subjetiva, cuando llega a legitimarse, logrando el reconocimiento del principio de autonomía. Por lo que toda línea de acción

² Coincidente Juan Carlos Smith plantea como tesis que la función lógico trascendental del derecho requiere de una categoría de conocimiento particular a la que llama *posibilidad de ser* en el que se coimplican el deber jurídico (obligación) y la facultad jurídica (derecho subjetivo), reconociéndose así el carácter de posibilidad que plantea el derecho en la medida que conoce, conductas *a priori* y predica su consecuencia. (en *El desarrollo de las concepciones iusfilosóficas*, pág, 333.)

debe fundarse en la libertad de los participantes, que se expresa en una reflexión seria y genuina. Mientras que la validez objetiva depende de la maximización de utilidades, es decir, cuando se ha sacado el mejor provecho para las partes.

8.- Características de los principios y los derechos

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

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

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

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

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

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

En el caso de la Constitución Argentina, el art. 75 inciso 22, es el encargado de determinar el ingreso de la normativa internacional del bloque de derechos humanos. El

que no debe entenderse como una categoría cerrada, ya que se prevé la posibilidad de incorporar nuevos instrumentos a la jerarquía constitucional, sobre la temática de los derechos humanos, los que se encontrarán en un mismo pie de igualdad con los expresamente mencionados, por el texto constitucional (Manili, 2003: 213). En consecuencia ellos, forman parte de los derechos constitucionales, en la medida que se encuentran reconocidos por la constitución y al asignárseles la misma jerarquía normativa, que les permite alcanzar el mismo valor constitucional, que el resto de los derechos y garantías. Esto manifiesta la voluntad del estado, de elevar a los tratados internacionales en una misma escala jerarquía que mantiene la constitución.

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

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

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

9.- Tesis cognitiva de los derechos fundamentales

Esta tesis nos permite definir los derechos fundamentales, desde su justificabilidad, al sostener que ellos nos, son útiles, a la hora de encontrar criterios lógicos en la toma de decisiones. Sin embargo, no solo responden a una preocupación teórica, sino que además deben ser tenidos en cuenta como criterios de facticidad, en tanto que de por sí, exigen su concreción, ya que cualquiera puede invocar su violación, con la intención de lograr su reconocimiento explícito (Arango, 2004: 103). Siendo al juez, a quien le cabe, exponerlos como verdaderamente valiosos, en función de cada situación concreta.

Esta tesis, también sostiene la necesidad de reconocer un espacio de autonomía a la persona, como bien sostiene la filosofía kantiana³, quedando en el individuo la posibilidad de mejorar aún más su situación material, espiritual o intelectual.

En consecuencia, una postura contraria, dejaría de lado lo valioso del esfuerzo personal, para exigir de manera autoritaria, imponiendo a todos los obligados la satisfacer las necesidades sociales en toda su medida.

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

10.- Objetividad de los derechos fundamentales

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

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

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

La objetividad de estos derechos, se manifiesta cuando se produce una negativa judicial, contra la que es posible mantener una posición normativa válida, suficientemente fundamentada, que determine la incompatibilidad de la decisión judicial con la Constitución. En este sentido, la norma objetiva como es la propia Constitución, establece el criterio de interpretación y ejerce una función correctora, por medio del control constitucional.

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

11.- Conclusión

De este modo podemos concluir reconociendo, que el eterno objeto del derecho es el hombre y siempre el hombre. Son sus hechos, su modo de vida, la manera de obrar o la conducta habitual, en definitiva, aquello que damos en llamar moral positiva y que es construido por el hombre, lo que genera el derecho, antes de ser escrito o discutido. Sabemos que dicha moral positiva, para constituirse como tal en una sociedad democrática, debe puede basarse en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad. En la construcción de esta moral positiva son imprescindibles descubrir el papel que juegan los derechos humanos, ya que el quebrantamiento de estas normas fundamentales generan un perjuicio para otro hombre y un ultraje para la sociedad, porque ellos tienden a establecer los caminos que nos permiten transitar la solidaridad humana (Arango, 2004: 131).

Los derechos humanos son la respuesta a determinadas agresiones e injusticias perpetradas contra la humanidad. En este sentido, los derechos fundamentales vienen a poner un límite, a aquellos que pretenden erguirse por encima del resto de los mortales,

contrariando los principios de libertad e igualdad, con la sola razón que otorga el ejercicio del poder, ya sea político o económico⁴.

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

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

La búsqueda de la corrección de la decisión judicial, comienza por el reconocimiento de los derechos. En este sentido, la actividad interpretativa es una tarea de síntesis (Smith, 1990: 968), que comienza por la clarificación del lenguaje normativo y finaliza con la búsqueda de la corrección, llevando a cabo un proceso de valoración de la conducta humana.

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

Definir la objetividad de los derechos fundamentales, implica pasar de una concepción absoluta, a una situacional; ya que siempre nos encontraremos preocupados por el reconocimiento de estos derechos. Que lejos de intentar convertir a los jueces en moralistas autoritarios, pretende llegar a un reconocimiento objetivo de derechos sociales fundamentales, porque sabemos que ellos permiten corregir situaciones extremas que afectan a sectores marginados o discriminados, para de este modo se construya una teoría constitucional adecuada a los países caracterizados por una profunda desigualdad social.

El discurso jurídico, no puede dejar de hacer referencia a los derechos humanos, no solo por la importancia jerárquica dentro del ordenamiento jurídico, sino también porque ellos, marcan un mínimo de posibilidad de consenso, necesario en todo proceso argumentativo. Atento que conforman las pautas axiales de la actividad interpretativa, sobre las que debe contextualizarse en función de la correcta comprensión de las normas jurídicas, cuando son considerados como criterios de razonabilidad, ya que ellos, son la

⁴ Kant reconoce, que el poder siempre corrompe el ejercicio de la razón. Y que solo se puede conciliar la filosofía y la política, si el gobierno tiene como base el principio de la igualdad (Kant, 2007)

condición necesaria de legitimidad del ordenamiento jurídico y por ende del discurso jurídico cuando este se pronuncia sobre alguna cuestión en la que el ordenamiento, se encuentre involucrado.

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

La filosofía kantiana, nos ha permitido reconocer en los principios de la dignidad de la persona y la autonomía personal, los pilares sobre los que descansan los derechos humanos. Ahora bien, el discurso solo logra su validez subjetiva, cuando se encuentra referido a ellos, actualizando su vigencia y reeditando su eficacia.

Sin embargo, su validez objetiva, depende de la maximización de sus posibilidades fácticas, tendientes a la concreción material del discurso.

Por lo tanto, dicha corrección depende de la aplicación de las Convenciones Internacionales, en la creación de las normas particulares, que reconocemos como la sentencia judicial, ya que cada sistema jurídico debe adecuar las normas internas a las pautas establecidas por el Derecho Internacional.

Bibliografía

- Alberdi, Juan Bautista (1947) *El crimen de la guerra*. La Plata. Calomino. .
- Alexy, Robert. (2009) “Fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos S. Nino”. Disponible en: *Nexo*. www.cervantesvirtual.com.
- Alexy, Robert. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*, traducción Luis Villar Borda, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá,
- Arango, Robert. 2004. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- Bidart Campos, Germán. (1997). “La inserción de la persona humana en el estado democrático”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Vol 1/3. Buenos Aires, p 3-15.
- Cossio, Carlos (1987) *Radiografía de la Teoría Ecológica*. Depalma, Buenos Aires.
- Dworkin, Ronald. (1971). “Liberalism”, en Hampshire, S. comp. *Public and Private Morality*, Cambridge University Press, Cambridge.

- García Manrique, Ricardo. (2004). *Derechos Humanos e injusticias cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Kant, Immanuel. (2007). *Hacia la paz perpetua, un proyecto filosófico*. Trad. Marey M. Udi J. Universidad Nacional de Quilmes. Buenos Aires.
- Kelsen, Hans. (2003). *La paz por medio del derecho*. Losada, Buenos Aires
- Manili, Pablo Luis. (2003). *El bloque de constitucionalidad*. La ley, Buenos Aires.
- Nino, Carlos Santiago. (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Astrea, Buenos Aires.
- Pérez Luño. A. E. (2005). *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y teoría del derecho*. Palestra, Lima.
- Scaravino, D. (2007). *La filosofía actual*. Paidós, Buenos Aires.
- Sieckmann, J. R. (2006). *El modelo de los principios del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Buenos Aires
- Smith, Juan Carlos. (1990). "La interpretación jurídica un movimiento de síntesis". *El Derecho*. T 138, UCA.
- Vilanova, José Manuel (1993). *El concepto del derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires
- Villar Borda, Luis (2004). *Derechos Humanos*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Walter, Robert (2001). *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.