

- MARIENHOFF, Miguel Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas (Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1971).
- PERALTA, Hernán. Las constituciones de Costa Rica. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1962).
- ROBLERO, César. Consideraciones sobre el mar territorial. (San José: tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1961).
- SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio. Mar territorial cubano. (La Habana: "Revista de Derecho Internacional", N° 88, 1943).
- SILENZI DE STANGNI, Adolfo. El nuevo derecho del mar: controversia entre las potencias navales y el Tercer Mundo. (Buenos Aires: ed. Juárez. 1976).
- SILVA SILVA, R. La zona marítima en la que el Perú ejerce jurisdicción especial. (Lima: tesis de grado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Pontificia. Universidad Católica del Perú).
- SORENSEN, Max (ed.) Manual de Derecho Internacional Público. (México: Fondo de Cultura Económica. 1973).
- VARGAS BONILLA, Ismael. Lecciones de Derecho Constitucional. (San José. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. 1963).
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. América Latina y el derecho del mar. (México: Fondo de Cultura Económica. 1973).
- ZACKLIN, Ralph (ed.) The changing law of the Sea. (Leiden: Interamerican Study Group of International Law. 1974). El Derecho del mar en evolución: la contribución de los países americanos. (México: Fondo de Cultura Económica. 1975).
- WALDHEIM, Kurt et al Justicia económica internacional (México: Fondo de Cultura Económica. 1976).

### Documentación

- Constituciones Políticas de Costa Rica.
- Documentos de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.
- Expedientes de la Asamblea Legislativa de Costa Rica sobre la reforma al artículo 6 de la Carta Magna.
- Memorias del Ministerio de Relaciones Exteriores de las Administraciones de los Gobiernos de José Figueres y Oduber.
- Unitar News. Vol. 6, N° 1.1974. Unites Nations and the Sea.

## DERECHOS HUMANOS, LIBERTADES INDIVIDUALES Y RACIONALIDAD JURIDICA

(Algunas observaciones de orden metodológico)

por el *Dr. Enrique P. Haba\**

\* Este artículo contiene la relación escrita que el autor presentara para las Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado (San José, Costa Rica, 6-9 setiembre 1977). Pero además de aparecer aquí introducidas algunas correcciones de detalle en la redacción de esa relación, han sido ahora agregados el texto de las notas y un Anexo conteniendo las tesis sobre la base de las cuales aquél desarrolló la exposición oral del tema en el seno de la Comisión Persona en dicha oportunidad.

## SUMARIO

Introducción. I. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTADES INDIVIDUALES: PRECISION DE SUS RESPECTIVOS PLANOS ONTOLOGICOS. 1. Arbitrariedad y necesidad de las definiciones. 2. Los planos ontológicos en juego. 3. El platonismo en la teoría jurídica de la libertad. 4. Relaciones entre libertad y Derecho. 5. Conclusiones. II. DETERMINACION DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1. Criterios para determinar el contenido de los derechos humanos. 2. Los derechos humanos como postulados no demostrables. 3. Papel de la racionalidad jurídica en materia de derechos humanos. 4. Conclusiones. III. CONSECUENCIAS METODOLOGICAS. a. Límite material de los derechos humanos. b. Límite de la racionalidad jurídica. c. Planos ontológicos. d. Resolución de antinomias. e. Importancia metodológica de la idea de libertad. f. Eficacia jurídica e interdisciplinaridad. Conclusión general. ANEXO: tesis.

Quisiera proponer algunas reflexiones sobre la conceptualización de los derechos humanos como categoría del pensamiento jurídico. El plano en que se ubican estas observaciones es —me apresuro a subrayarlo— el de un análisis *racional* de la idea de “derechos humanos” y de otros conceptos relacionados con la misma. No quiere decir que sea éste, el de la racionalidad<sup>1</sup>, el único plano en el cual se desenvuelve el combate por tales derechos. Hay otros dos planos, por ejemplo, en los cuales ese combate, por o contra derechos humanos, se libra igualmente: el plano de la fuerza material (pienso sobre todo en la actividad política y en la economía) y el plano de la ideología (es decir, la argumentación de orden antes bien propagandístico que científico, sea en la esfera política o en cualquier otra)<sup>2</sup>. De todos modos, sin perjuicio de reconocer que existen interdependencias entre los tres planos indicados, el análisis de los dos últimos (fuerza-ideología) corresponde más bien, según creo, a la sociología y a la ciencia política que la ciencia del Derecho.

El Derecho moderno constituye fundamentalmente un esfuerzo de racionalización (Max Weber) de la normatividad social. Ese Derecho se esfuerza en ordenar la conducta de los hombres en función de conceptos y relaciones de conceptos lo más precisos posibles. Pero en la cuestión de los derechos humanos, pienso que algunas de las categorías básicas del lenguaje jurídico correspondiente son más bien aptas a introducir cierta confusión en el tratamiento del tema. A ello se refieren las observaciones que expondré. No tienen otro objeto, pues, que el de llamar la atención sobre algunos presupuestos *metodológicos* elementales que, aunque poco novedosos en sí mismos, presentan sin embargo la particularidad de no ser demasiado tenidos en cuenta, generalmente, por los tratadistas de la materia. Me quiero sobre todo referir a algunas confusiones habituales, cuyo examen irá enhebrado en torno a comentarios que haré sobre una falta de distinción suficiente entre la idea de de-

<sup>1</sup> No puedo detenerme en un análisis de la noción misma de racionalidad; de ello me he ocupado en otros sitios. Remito al lector sobre todo a mis artículos: “Rationalité et méthode dans le droit—est-ce possible?” (aparece en el tomo 23 de los Archives de Philosophie du Droit) y “Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?” (aparece en Rechtsstheorie, vol. 8).

<sup>2</sup> Está demás señalar que esta acotación sobre el vocablo “ideología”, que he agregado entre paréntesis, ni remotamente pretende constituir una definición de dicho término, tan rico de sentido. Para la problemática que plantea la manera (muy variada) en que éste ha sido y es entendido, cf. la selección de textos, así como la excelente introducción general del propio compilador, recogidas en: Kurt LENK, El concepto de ideología, Amarrortu, Buenos Aires 1974.

rechos humanos y la de libertad individual. Sobre esa base he de enfocar los aspectos siguientes:

- I. Derechos humanos, derechos fundamentales, libertades individuales: precisión de sus respectivos planos ontológicos.
- II. Determinación del contenido de los derechos humanos.
- III. Consecuencias metodológicas.

## I

Me referiré aquí a los puntos siguientes: 1. arbitrariedad y necesidad de las definiciones; 2. los planos ontológicos en juego; 3. el platonismo en la teoría jurídica de la libertad; 4. relaciones entre libertad y Derecho; 5. conclusiones.

1. En la medida en que el Derecho quiera ser ciencia, deberá tratarse de un lenguaje bien construido (Bobbio)<sup>3</sup>. Pero la terminología referente a derechos humanos es indecisa. Derechos humanos, libertades públicas, derechos individuales, derechos fundamentales, libertad individual, libertad a secas, etc.: todas estas expresiones se manejan ya sea como sinónimas, ya sea como más o menos emparentadas, pero generalmente con significativas faltas de precisión. La polisemia y las vaguedades que afectan a los mencionados términos dificultan una más firme racionalidad del pensamiento jurídico en esa área. Es más: ellas llevan consigo el riesgo de que la ideología llegue a filtrarse por entre las mallas de las categorías que el jurista está empleando al expresarse en esa forma.

Dada la referida polisemia, toda precisión de tales términos comporta un porcentaje de arbitrariedad: ¿por qué elegir, para la expresión X, la significación A, en vez de preferir la significación B? Así y todo, no hay más remedio que elegir, si queremos llegar a expresarnos de modo menos impreciso. Y lo que sobre todo importará, al fin y al cabo, no será tanto que la expresión X corresponda justamente a A; sino que A y B se encuentren mencionados, cada uno, por medio de una denominación diferente, sean éstas cuales fueren. Sólo así podremos saber con cierta exactitud, al utilizar el término X, a cuál de esas dos cosas (A o B) nos estamos refiriendo.

Señalo esto, para que quede claro que no me mueve el afán de definir por definir. No pretendo postular que las expresiones "libertad individual", "derechos humanos", etc. no puedan ser definidas de otro modo. Se trata simplemente de subrayar que los conceptos —y las realidades mentadas por estos conceptos— que referiré a dichas expresiones, no deben de ser confundidos entre sí, llámeseles como se les llame. Y como de algún modo hay que llamarlos, he elegido esas denominaciones,

<sup>3</sup> Cf. Norberto BOBBIO, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año IV, N° 2 (junio 1950), p. 342-367.

precisamente porque suelen mentar tales ideas (aunque no menten *exclusivamente* éstas, en el lenguaje cotidiano). En síntesis: aunque la elección de la denominación implica, como toda definición, un cierto grado de arbitrariedad, en cambio no es arbitraria —¡sino fundamental!— la distinción entre las ideas mismas; y por ello tales ideas hay que hacerlas corresponder, respectivamente, a denominaciones diferentes. J

2. Para precisar el alcance de la noción de derechos humanos, hay que empezar por recordar la distinción, bien conocida, existente entre dos campos: el de lo fáctico, lo descriptivo, los hechos, el ser —por un lado—; y el de lo normativo, lo prescriptivo, los valores, el deber ser —por el otro—.

Las libertades<sup>4</sup> pertenecen al primero de estos dos campos, el de lo fáctico. Un hombre es (o no es) más o menos libre. Esto constituye una cuestión de hechos. Es "libre", si puede realmente hacer o dejar de hacer, a su arbitrio, tal o cual cosa<sup>5</sup>.

La esfera de los derechos, en cambio, pertenece al otro campo, el de lo normativo. Alguien tiene "derecho" a algo porque, de acuerdo a tales o cuales criterios de legitimidad (es decir, criterios no puramente fácticos), se considera que es correcto (valoración) que actúe o no actúe de cierta manera. Es verdad que esa valoración puede tener efectos de hecho; pero tales hechos —que pueden darse o no— no constituyen el derecho mismo. Dicho de otro modo aún: el derecho es una programación para la realidad social, pero él no incluye necesariamente la efectiva realización del programa. Derechos y libertades no pueden, pues, jamás ser la misma cosa. Existe siempre una cierta "tensión" entre aquéllos y éstas, la notoria tensión que se da entre lo normativo y lo fáctico.

Por otra parte, no existe la libertad, sino las libertades. Los grados de la libertad son infinitos. No hay dos personas que tengan la misma libertad. Porque lo que cada uno puede realmente hacer, o aquello de lo que cada uno pueda realmente disponer, no es nunca exactamente igual a lo que verdaderamente puede el vecino. Es más: hasta las esferas de libertad de un mismo individuo van variando a lo largo de su vida.

<sup>4</sup> Para un análisis de la noción de libertad individual, cf. mi libro: La idea de Totalitarismo y la libertad individual. Autopsia de una noción mistificadora (Prólogo de León CORTIÑAS PELAEZ), Bogotá 1976, Temis; ver especialmente la Sección B) del Cap. II.

<sup>5</sup> Es verdad que, desde otro punto de vista, las libertades no configuran solamente hechos, sino incluso valores. Dicho de otro modo: la libertad como hecho, puede ser encarada asimismo como encarnación de un valor ideal, que es denominado del mismo modo, también "libertad". Pero para nosotros se trata justamente de evitar esa confusión entre el hecho y el valor, confusión favorecida por dicha homonimia. Sin embargo, eso no nos impedirá señalar más adelante (III.e) que, en cuanto finalidad del Derecho, la idea de libertad puede suministrar un cierto "engarce" entre lo fáctico y lo normativo.

Además, entre las libertades existen antinomias. Aquéllas están indefectiblemente sometidas a principios de "economía", a criterios de más y menos, en el sentido de que una mayor libertad de unos puede repercutir en menguas de libertad para otros. Esto por la sencilla razón —sin ir más lejos— de que los bienes (materiales y espirituales) a que se refieren las posibilidades de cada uno, se encuentran en cantidades de disponibilidad limitada en las sociedades humanas; de modo que, para la mayoría de los casos, lo que está al alcance de uno se viene a restar de lo que está al alcance de los otros. Por lo demás, las acciones y omisiones de unos tienen toda clase de repercusiones, directas o indirectas, más cercanas o más lejanas, sobre las posibilidades reales de otros miembros o sectores del cuerpo social. Es todo eso, en última instancia, lo que explica por qué Kant se vio llevado a postular su clásico principio en materia de libertades, que apunta a una igualdad y limitación recíproca de las mismas; se trata ni más ni menos que de un principio ideal para organizar la "economía" jurídica de las libertades (ideal que ninguna organización social ha podido alcanzar) <sup>6</sup>.

Si la realización de la libertad es, pues, una cuestión de hecho, resulta que, para saber si un individuo o una capa social son más o son menos libres, y en qué son libres, no basta con atender a lo que dicen las normas jurídicas (que suelen ser iguales para todos). Hay que ver las situaciones reales concretas. En la configuración de esas situaciones concretas, el Derecho juega por cierto un papel; pero intervienen asimismo muchos otros factores.

El Derecho positivo favorece y limita libertades, es decir, posibilidades fácticas de tales o cuales individuos. Pero mientras que las libertades, como vimos, están sujetas a antinomias, que resultan de su propia esencia fáctica; en cambio los derechos están en principio destinados a integrar un edificio armonioso, donde las consideraciones de orden sistemático, establecidas por la legislación misma o por la dogmática, no deben dejar lugar a antinomias —o donde, si de todos modos tales antinomias llegan a surgir, ha de existir la posibilidad de recurrir a principios jurídicos que las eliminen—. El Derecho repercute sobre las libertades, contribuye a organizarlas en una cierta manera, tiene por finalidad promover o restringir su ejercicio. Sin embargo, por la diferencia de los planos ontológicos (normatividad-facticidad), aquél no consigue nunca confundirse con ellas. El Derecho se refiere a libertades, pero no consiste él mismo en libertades <sup>7</sup>.

3. Con frecuencia esta distinción aparece más o menos desleída en textos de Derecho o en la teoría jurídica, en razón de un manejo poco

<sup>6</sup> "... bajo el punto de vista de la libertad; es decir, que sólo hace falta saber si la acción de uno de ellos es o no un obstáculo a la libertad del otro según una ley general" (KANT, Principios Metafísicos del Derecho, traducción de G. LIZARRAGA, Madrid 1873).

<sup>7</sup> Para las relaciones entre Derecho y libertad individual, cf., en el libro señalado en la nota 4, especialmente los números 26-28 del cap. indicado.

realista de la idea de libertad <sup>8</sup>. Citaré dos ejemplos, a cuenta de tantos más que podrían ser traídos a colación:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 1).

"No hay casi período de la historia en el cual los hombres —por lo menos los más concientes— no hayan tratado de afirmar su libertad frente al Poder. Pero fue necesario que tal pretensión se afirmara siempre, para que esa libertad fuese consagrada como un elemento del orden jurídico positivo bajo la rúbrica: los Derechos Humanos. Las Declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII marcan esta conquista. Etapa provisoria, sin embargo, puesto que los hombres no se han contentado con observar que el Poder les reconociera su libertad, sino que esperan del mismo que les otorgue la posibilidad de disfrutarla. (...) Lo que está en juego, no es la libertad más o menos amplia de actuar en tal o cual dominio; es la libertad total del hombre, la cual no puede ser fraccionada sin que la dignidad humana se mutile" (Burdeau) <sup>9</sup>.

Pienso que estos pasajes son suficientemente ilustrativos <sup>10</sup>. A pesar de toda la simpatía con que uno pueda ver las intenciones de los autores, sus planteos me parecen poco defendibles desde el punto de vista

<sup>8</sup> Espero que no se replicará que estoy simplemente proponiendo una "definición persuasiva" de la libertad: es decir, tratar de ganar el "significado emotivo" de esta palabra para un determinado "significado descriptivo", apartándola así de otros contenidos que lingüísticamente se encuentran ligados asimismo al sentido cotidiano del vocablo. (Cf. Charles L. STEVENSON, *Ética y Lenguaje*, Buenos Aires 1971, Paidós, cap. III). En realidad, tratándose de palabras como "libertad", todas las definiciones son "persuasivas". No puedo negar que la mía también lo es, en cierto modo. Pero aquí no cabe otra alternativa que ésta: o bien, proponer una definición —más o menos "persuasiva"— de lo que se entiende por libertad; o bien, prescindir de definiciones al respecto. Por las razones apuntadas (supra I.1), sólo el primer camino es el adecuado para la ciencia del Derecho. Por lo tanto, las definiciones posibles de la libertad habrá que apreciarlas, con vistas al lenguaje jurídico, en función de su precisión y de la medida en que ayuden a poner de relieve distinciones que son esenciales para un empleo más racional de ese lenguaje. Es desde un tal punto de vista que resulta fundamental, según creo, el efectuar la distinción entre libertad y Derecho; lo hemos de ver más de cerca en los desarrollos subsiguientes. Por lo demás, el carácter "persuasivo" de la noción propuesta queda levantado, en buena parte, por el hecho mismo de estar llamando aquí la atención sobre una tal posibilidad, así como por la observación adelantada (supra *ibid.*) en cuanto al carácter relativamente arbitrario de las definiciones. (Para la discusión sobre la medida en que la definición de la libertad configura o no una simple "cuestión de palabras", cf., en mi libro antes mencionado, el num. 31 del cap. que indiqué en la nota 4).

<sup>9</sup> Georges BURDEAU, *Les Libertés Publiques* (4a. edición), París 1972, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 13 y 97 (los subrayados son míos —E.P.H.—).

de la precisión conceptual. La noción de libertad, así entendida, resulta, como en la teoría platónica de las ideas, un ser que es a la vez ideal y real. Mejor dicho: la libertad es vista como una idea más real que la realidad misma; un ente abstracto, al que empero se le asigna una individualidad y existencia propias, en sí y por sí, en el mundo de los hechos. La confusión es doble. Por un lado, entre hechos (facticidad) e ideales (normatividad). Por el otro, entre lo general (universal) y lo particular (individual). Esos planos no son discriminados, sino asimilados mal que bien, confundidos entre sí, bajo la aureola de la palabra "libertad". No se distingue entre la libertad —como ideal (valor) y como ente abstracto (universal)— y las libertades —como realidades y como concreciones individuales (múltiples y contradictorias)—. Dicho todavía de otro modo: la idea de la libertad se sustituye a la consideración de las libertades, la fascinación que ejerce la primera tiende un manto que no deja llegar la mirada a las segundas. Y a partir de ahí, una vez asimilados (además) derecho y libertad, el contacto entre lo jurídico y la realidad tiende fácilmente a desvanecerse, el cauce queda abierto para el normativismo.

Es cierto que no siempre los autores son totalmente consecuentes en este sentido. A pesar de ese punto de partida proclive al normativismo, suelen no dejar de hacer referencia a tales o cuales aspectos del entorno político y social del Derecho, como lo hace el propio Burdeau. Pero esto no prueba otra cosa que una falta de rigor metodológico. ¡No todos son tan consecuentes, con sus propios presupuestos, como Kelsen! De cualquier manera, esas deficiencias en el punto de partida metodológico no suelen ser indiferentes para los resultados. Desarrollos que parten de dichas bases acusan siempre, al fin de cuentas, en tales o cuales puntos, la presencia de unilateralidades o idealizaciones, o por lo menos innecesarias faltas de precisión<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> En otros sitios es posible encontrarse con un concepto todavía más abstracto de la libertad que el que surge de los pasajes de Burdeau recién transcritos. Valga un ejemplo, tomado de uno de los mejores manuales alemanes de teoría del Estado aparecidos últimamente:

"La igualdad democrática significa: 'Libertad para todos y no solamente para algunos'. (...) Los derechos fundamentales y la democracia se hallan en una relación de dependencia recíproca: la democracia presupone que exista la libertad individual, jurídicamente protegida para todos; y la libertad para todos, presupone la democracia" (Martin KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungstaates*, Reinbeck-Hamburgo 1975, Rororo Studium N° 35, p. 331 y 335).

<sup>11</sup> Un ejemplo en otro sentido lo brinda el manual de libertades públicas de Rivero, en donde estos temas aparecen enfocados de modo menos "emocionalizante", pero con sensible ventaja para la precisión del lenguaje jurídico: Jean RIVERO, *Cours de Libertés Publiques, avec mise au jour au 1er octobre 1971*, Paris 1970/1971, Licence 3er année —Les Cours de Droit. De las ideas que expondré en los num. I.4 y II.1, algunos aspectos coinciden con precisiones que Rivero presenta en el punto 2) de su Introducción (cf. sobre todo las p. 10-16). Sin embargo, también él llega a caer ocasionalmente en el platonismo: "Así se justifica la individualización, en el seno de la libertad global, de ciertas libertades: aquellas que el derecho reconoce y organiza de modo especial" (p. 14).

4. En síntesis: para que el Derecho pueda llegar a favorecer de modo efectivo determinadas libertades, importa comenzar por no confundirlo con ellas mismas; es decir, no confundir la norma con la realidad, no sea que la imagen de la norma nos tape la visión de la realidad. Una clara delimitación conceptual entre libertad y derecho aparece entonces como una condición casi imprescindible para juzgar la efectiva repercusión de las normas jurídicas sobre las libertades de los individuos *in concreto*. Sólo así será posible apreciar, en cada caso, en qué medida una normación jurídica alcanza realmente al fin que ella se propone en materia de libertades. Pero esto quiere decir que, si bien libertades y derechos no son la misma cosa, empero existen relaciones entre ellos. Esta afirmación, de índole general, se traduce, para nuestro tema, en la necesidad de determinar más específicamente cuáles son las relaciones entre derechos "humanos" y libertades individuales.

Si los derechos humanos, en la medida en que son derechos, no son libertades, ¿entonces qué son? ¿Y en qué se distinguen de otros derechos? Los derechos humanos, en sí mismos, se conciben como exigencias de "derecho natural". Empleo aquí esta expresión, a falta de otra más adecuada y suficientemente difundida, en el sentido genérico siguiente: derechos que son considerados (con razón o sin razón) como valores absolutos, o sea, como válidos más allá del hecho (contingente) de haber sido o no recogidos por tal o cual ordenamiento jurídico positivo. Este carácter de derecho natural, que tienen los derechos humanos, ha sido frecuentemente señalado. Pero creo que de ello no han sido siempre extraídas las consecuencias metodológicas del caso, sobre todo en cuanto a las relaciones entre derechos humanos y libertad.

Las ideas de derecho natural sirven como criterios para juzgar —criticar o aprobar— los Derechos positivos. Sólo en la medida en que esas ideas son recogidas por la normación positiva, ésta aparece legitimada a los ojos de quienes creen en el valor de aquéllas. De ahí que me parece importante distinguir (con Kriele) entre derechos humanos —"naturales"— y derechos fundamentales —positivos—. Los derechos humanos se transforman en derechos fundamentales, en la medida en que aquéllos son recogidos por una legislación positiva, es decir, ubicados en un "programa condicional" (Luhmann), garantizado por el Estado en su Constitución<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Cf. Kriele, op. cit., p. 150 s. En el mismo sentido, aunque con otra terminología, Rivero señala, con respecto a las libertades públicas, que "ellas son 'derechos humanos' cuya consagración por el Estado los ha hecho pasar del derecho natural al derecho positivo" (op. cit., p. 10). Corresponde acotar que, aun cuando los derechos humanos suelen ser positivizados a través de las Constituciones, no es suficiente —y a veces no es imprescindible— que así ocurra para que podamos hablar, en el sentido apuntado arriba, de derechos fundamentales. Lo que importa sobre todo, para distinguir entre derechos humanos puramente y derechos fundamentales, es que estos últimos estén integrados en un "programa" de Derecho positivo que permita, en función de una adecuada reglamentación jurídica (establecida en la Constitución misma o en otro lado), que los derechos correspondientes tengan exigibilidad ante los tri-

En definitiva, la relación entre derechos humanos (DH), derechos fundamentales (DF) y libertades individuales (LI) se presenta de la manera siguiente. Los DH apuntan a (conciben) la realización de ciertos tipos de LI, esto es, de libertades que se consideran las principales en un momento histórico dado. Para lograrlo, se pugna por transformar esos DH en DF. En la medida en que esto se consiga y la normación jurídica positiva correspondiente sea lo bastante precisa, y suponiendo que el Estado y otros factores sociales apoyen efectivamente su realización, resulta que los DH consagrados como DF constituirán, en mayor o menor grado, condicionantes favorables para la realización práctica de ciertas LI. La efectividad —pero no el valor ni la vigencia normativa— de los DH depende de su encarnación en LI; y para estos efectos, los DF obran como un factor de *mediación* entre aquéllos y éstas.

5. En conclusión. Recapitulando lo que hemos desarrollado hasta aquí, corresponde retener los siguientes resultados, para una caracterización genérica de los DH.

- i. No son libertades. Si lo fueran, su esencia dependería del factor, contingente, de que fueran realizados o no; además, resultaría entonces que no todos los hombres podrían tener iguales DH.
- ii. No son, en sí mismos, derecho positivo. Porque si fueran simplemente eso, la legitimación para exigir su respeto dependería del factor, igualmente contingente, de que estuvieran reconocidos como DF en los Estados.
- iii. Son criterios jurídicos considerados como valores absolutos (derecho natural), cuya legitimidad está por encima de toda frontera territorial.

De todo esto se sigue que el status de los DH es el de los valores. La discusión acerca de su existencia y sus posibilidades prácticas se plantea, antes que nada, en el plano de lo *axiológico*, no en el de los simples hechos o el del mero Derecho positivo. Más adelante (III) volveré sobre algunas consecuencias que, para la metodología en este terreno, resultan de la precisión de planos ontológicos esbozada.

bunales. Si se trata, en cambio, de simples proclamas, por más que se encuentren recogidas en la Constitución o en documentos internacionales, eso no altera, de hecho, su carácter de mero derecho natural. (Cf. sin embargo Burdeau, op. cit., p. 22-23, quien se pronuncia contra la utilización del calificativo "fundamentales" para establecer distinciones entre las libertades en cuanto a su naturaleza).

Aquí me referiré a los siguientes puntos: 1. criterios para determinar el contenido de los DH; 2. los DH como postulados no demostrables; 3. papel de la racionalidad jurídica en materia de DH; 4. conclusiones.

1. Con lo que he venido señalando, queda marcado apenas un primer gran deslinde para precisar la esfera de los DH. Pero es un deslinde esencialmente formal y negativo. Formal, porque indica sólo en qué plano genérico se mueve la problemática de estos derechos; pero no nos indica cómo puede saberse cuáles son en concreto, en qué consisten ellos específicamente. Y negativo, porque hemos visto qué es lo que los DH *no* son en sí mismos (ni LI, ni simple Derecho positivo); pero falta precisar lo que *sí* son en particular. En una palabra: nos falta encontrar los criterios para determinar, dentro de la esfera de los valores a que apunta el Derecho, cuáles serán específicamente los que entran dentro de la categoría de los llamados DH. Dicha categoría ha exhibido, a través del tiempo, contenidos que muestran variaciones. ¿Cómo hacer entonces para saber, en un momento histórico dado, qué derechos merecen ser proclamados como propiamente "humanos"? A esta pregunta pueden responder diversos tipos de criterio. Quiero señalar las cuatro grandes posibilidades siguientes:

- i. un criterio positivista-legalista; documento voluntarista o naturales
- ii. criterios materiales casuísticos; principio último y definitivo
- iii. un principio general de carácter material; legítimo valor principios part.
- iv. un principio general de carácter formal, pragmático.

Estaríamos frente a un criterio positivista (i), en el caso de que, para decidir si una determinada reivindicación corresponde al campo de los DH, bastara con atenerse a la circunstancia de que tal derecho se encuentra establecido en un cierto documento. Este aparecería entonces como el cartabón por excelencia para juzgar en la materia. Así, por ejemplo, podría decirse simplemente que DH son todos aquellos que aparecen enumerados como tales en la Declaración de 1948. Sin embargo, aun suponiendo que la Declaración fuese en todos los casos precisa, pienso que ella no puede suministrar el criterio de última instancia en este campo. Y ello porque, si así fuera, tendríamos que concluir que los DH son tales por el solo hecho de estar mencionados en un texto determinado. Bajo ese supuesto, dichos derechos tendrían un carácter más bien voluntarista, no serían derechos propiamente "naturales".

La idea de derecho natural, en cualquiera de las numerosas variantes que de ella han ofrecido distintas concepciones teóricas<sup>13</sup>, siempre presenta un rasgo esencial, común a todas ellas: esos derechos constituyen algo cuya validez se considera como estando ubicada más allá de la libre disponibilidad del legislador. Es algo que vale, pues, no porque

sea recogido en un documento (de Derecho positivo o no), sino que, por el contrario, se entiende que el valor de tales documentos *deriva* de otra cosa: de la circunstancia de ser congruentes con ciertos valores, "naturales", que los trascienden. El legislador no hará más, en todo caso, que darles forma concreta, es decir, mayor practicabilidad, pero él no los crea propiamente. Quiere decir que tales documentos sólo tienen valor, desde el punto de vista del derecho natural, porque recogen derechos que están por encima de cualquier "Declaración". Y esta palabra misma lo está diciendo: los DH se *declaran*, o sea, que los documentos correspondientes *no son* de naturaleza constitutiva. Cuando son "declarados", aquéllos pueden, en todo caso, pasar a ser DF, positivos; pero así y todo, eso no alcanza para llegar a entender que sean propiamente "establecidos", creados, fundados, por un legislador (humano). ]

Las Declaraciones requieren, pues, ser *justificadas*. Y esto sólo puede hacerse en función de criterios que las trasciendan. Ahora bien: ¿cómo determinarlos? Una posibilidad sería la de postular que cada uno de los DH constituye, respectivamente, un principio específico autónomo, que es último y definitivo en sí mismo, o sea, no derivado de ninguna idea de índole más general. Se trataría, en consecuencia, de remitirse a una especie de *casuística* (ii), en donde el contenido de cada tipo de DH resultaría determinado por una intuición *directa* de valores materiales, favorecida (acaso) por circunstancias de orden histórico-social. Ahora bien: si tal posición no se acepta, habría que buscar un principio *general* (iii o iv) capaz de legitimar a todos los principios particulares. ¿Pero es viable tal camino? ]

Se podría pensar, como frecuentemente ocurre, en un principio general de orden material (iii): por ejemplo, en la "dignidad" de la persona humana. Mucho me temo, sin embargo, que, para los efectos de la ciencia jurídica, un principio de tal carácter no se halle en condiciones de prestar mucho servicio. Y esto porque, dada la extrema vaguedad del mismo, es decir, por el hecho de que puede ser interpretado —y es interpretado— de las más variadas maneras, ese criterio se revela, en la práctica, más bien como un no-criterio. ¿Se sabe de algún régimen que no entienda estar defendiendo la "dignidad" de sus ciudadanos, o la libertad de los hombres "dignos"? Esta palabra, u otras similares, tienen un cierto sentido funcional en el campo de la ideología política, por supuesto. Pero al jurista, *en tanto que hombre de ciencia*, no se ve qué servicio podría ella brindarle para construir de manera *racional* su lenguaje normativo.

En fin, lo cierto es que, hasta ahora, dada la heterogeneidad de contenido de lo que ha sido llamado DH, así como por su variación

<sup>13</sup> Para un rico panorama de las muy variadas combinaciones de significación posibles en la expresión "derecho natural", cf.: Erik WOLF, *El Problema del Derecho Natural*, Barcelona 1960, Ariel. El autor pone también de manifiesto, en el capítulo final (tesis 2), cómo al jusnaturalismo puede corresponderle tanto una función progresista como conservadora.

histórica, nadie ha podido aún señalar un principio general *material*, del cual los DH específicos puedan seguirse de modo riguroso. Podríamos entonces conformarnos, en cambio, con algún principio simplemente *formal* (iv), de carácter más bien pragmático? ¿Alcanzaría eso para decidir si, en un momento histórico determinado, tal o cual reclamo constituye propiamente un "derecho humano"?

Un criterio formal semejante, si quiere corresponder a la experiencia histórica, podría tal vez ser formulado más o menos de la manera siguiente, fundamentalmente descriptiva: DH son, en cada lugar y momento, aquellas aspiraciones, de sentido jurídico, que la conciencia de ciertos pueblos —virtualmente la de todos ellos— reconoce como supremos, entendiéndolos de carácter supraordinado a toda legislación positiva. Son valores tan generalmente aceptados que, en principio, nadie llega a negarlos de modo público (por más que, en su caso, tales o cuales gobiernos puedan reconocerlos sólo de palabra, violándolos de modo deliberado en los hechos).

El contenido de tales valores jurídicos se encuentra, por supuesto, sometido a variaciones en el tiempo<sup>14</sup>. No es empero esa variabilidad lo que plantea las mayores dificultades para alcanzar una conceptualización suficientemente precisa, que en cada caso permita saber si estamos ante la formulación de un DH propiamente dicho. En verdad, el mayor factor de imprecisión resulta de la necesidad de determinar más concretamente qué ha de entenderse, en esta materia, bajo la remisión a una "conciencia de los pueblos".

Distintas delimitaciones serían posibles, aunque en realidad es difícil de hallarlas formuladas con precisión en los estudios sobre DH. Podría pensarse, por ejemplo, que se trata de los ideales jurídicos más indiscutiblemente reconocidos en el seno de los pueblos civilizados, o por las capas de población con instrucción suficiente, o por las capas socialmente dominantes, o simplemente por la mayoría de la población, etc. Es obvio que no todas estas delimitaciones traerían aparejadas iguales resultados, si a partir de ellas se pretende indagar empíricamente el contenido concreto de los DH. Por lo demás, habría que establecer con mucha mayor precisión los límites de los referidos grupos de "conciencia", para estar en condiciones de someter sus ideas a encuestas u otros medios de indagación sociológicos. Sólo de esta manera sería posible determinar *científicamente* las concepciones predominantes en el

<sup>14</sup> En realidad, las diferencias de contenido (concreto) se dan no solamente en el tiempo, sino también en el espacio. Hay que tener en cuenta que la personalidad de cada individuo se autorrealiza en un medio cultural determinado. Los criterios de valor son relativos a cada medio. Y tales cuadros culturales son, como lo demuestra la etnología, muy diferentes en lo que va de una civilización a otra, inclusive en la actualidad. De ahí que uno de los caracteres más "universales" de los DH debería referirse, justamente, a la necesidad de respetar la individualidad cultural de cada pueblo y, por ende, afirmar el derecho de cada individuo a realizar precisamente los valores según son entendidos en su propio pueblo. Cf. Melville J. HERSKOVITS, "Statement on Human Rights", en *American Anthropologist*, N° 49 (1947), p. 539-543.

seno de dichos grupos; para que luego, a partir de allí, el jurista pueda construir la conceptualización necesaria, con vistas a su integración dentro de la sistemática del Derecho. ]

2. No se me oculta que esta alusión a la posibilidad de emplear medios sociológicos, para contribuir a determinar el contenido de los DH, puede sonar un tanto absurda en los oídos de muchos juristas. Los teóricos en materia de DH nunca han entendido que sus ideas estarían sometidas a tal género de comprobaciones, a procedimientos *estrictamente* científicos de *verificación*, a rigurosos contralores de carácter empírico. Y es posible que, en efecto, sea absurdo proponerlos: una afirmación de valores, en la medida en que éstos sean considerados absolutamente, no puede ser derivada ni medida en función de circunstancias meramente fácticas, como el hecho de que tales o cuales sectores de población hayan o no creado conciencia de dichos valores. Pero si se parte de tal punto de vista, no hay más remedio que llegar, si no queremos engañarnos a nosotros mismos, a una conclusión un tanto escéptica: la materia de los DH, su contenido específico en la encrucijada histórica, no puede ser objeto de determinación por métodos científicos, sino que es algo que simplemente se acepta como postulado. Se trataría de postulados que, como tales, no son pasibles de justificación; no lo son, por lo menos, sobre el plano del razonamiento jurídico mismo. ]

Todo esto no es, en definitiva, más que una consecuencia lógica del hecho de haber reconocido que los DH son derecho natural, valores últimos sobre el pentagrama de las nociones jurídicas. Y, ya se sabe, los valores últimos nunca pueden ser demostrados, sino sólo mostrados. Desde este punto de vista, la lucha en favor de los DH —mejor dicho: de lo que se entienda por “derechos humanos”— constituye por cierto un riesgo desde una perspectiva puramente racional. Pero es un riesgo que está, puede decirse, en la “naturaleza de las cosas”. No hay más remedio que aceptarlo como tal. Porque vivir es eso, arriesgarse en función de valores. La lucha por DH es una apuesta de los pueblos. Una apuesta a ciertos valores que se han ido abriendo conciencia, a través de muchos tropiezos, en la historia del mundo occidental<sup>15</sup>. Quienes violan esos derechos, ellos también “apuestan”, claro está; pero en un sentido muy distinto, eso sí.

Lo que importa es que cada uno sepa de qué lado está y lo que eso implica. Un enfoque racional puede ayudarnos a ver más claro en esto, iluminando mejor la naturaleza de las alternativas; pero no nos puede dispensar de la elección misma, de *decidir* cuál de los caminos hemos de *querer* tomar. Es, en definitiva, un problema de conciencia. Y en este extremo, ningún método científico puede exonerar a cada uno de enfrentarse a la necesidad de optar por sí mismo. No hay que engañarse: también la racionalidad, también el pensamiento científico, tienen sus límites!

*Por fortuna, el punto de la racionalidad es la voluntad humana.*

<sup>15</sup> Cf. el libro de Kriele citado en la nota 10.

✓ Sería hermoso que los valores últimos, por ejemplo los DH, fueran susceptibles de ser demostrados, si no como las verdades de las matemáticas puras, por lo menos con un grado de intersubjetividad análogo al de las leyes que formulan las ciencias empíricas. Lamentablemente, no disponemos de esa posibilidad. ] *Vicio racionalista acolla tu mano a voz y erucha el arrelato indeseable*

3. Comencé señalando que iba a tratar de examinar la problemática de los DH desde un punto de vista racional, y he terminado por llegar a la conclusión de que esos derechos no son *en sí mismos* susceptibles de una demostración de esa índole. ¿No estaré rebatiendo mi propio punto de partida? No lo creo así. En primer término, porque el presupuesto mismo de un enfoque racional, es el hecho de ser conciente de los límites que esa misma racionalidad presenta, en función del objeto al cual se aplique. Pero en segundo término porque, y esto es fundamental, hay que tener en cuenta lo siguiente. Del hecho que los DH no sean —repito: *en sí mismos!*— un producto de racionalidad, no se sigue que, una vez aceptados como postulados, no puedan ser objeto de construcciones conceptuales y de consecuencias prácticas racionales. Toda ciencia parte de presupuestos que ella admite como simplemente dados; y la elaboración de esa ciencia consiste justamente en establecer relaciones racionales *a partir* de esos datos, esto es, independientemente del hecho de que dichos datos puedan o no ser objeto de alguna justificación más fundamental. No otra es la misión del jurista frente a la materia de los DH. Tomarlos como postulado, sí, pero, *a partir de ahí*, “construir” normaciones jurídicas congruentes, es decir, lo más racionales posibles. Y con esta acotación queda hasta cierto punto diluido, en toda la medida de lo racionalmente aceptable, el escepticismo de la conclusión a la que tuvimos que llegar antes (*supra*, 2 *in limine*), al señalar el carácter necesariamente postulativo de la afirmación misma de los DH.

El hecho de que se postule tal o cual derecho como necesariamente “humano” podría tal vez ser explicado, desde puntos de vista causales, según la dinámica de la conciencia social del medio en que el jurista está inmerso. Pero desde el punto de vista axiológico, ese derecho es, como hemos visto, un *a priori*. Para otorgarle al mismo racionalidad jurídica hacen falta dos cosas. (i) Ante todo, una vez aceptado un derecho humano determinado, es necesario hacerlo pasar de su estado “en bruto” —es decir, de su puro carácter de derecho natural— a un estado “en limpio” —es decir, darle el mayor grado de precisión posible—. (ii) Una vez así precisado y puesto en relación con otros conceptos jurídicos, podrán extraerse de allí, por vía *racional*, consecuencias prácticas (para lo cual, por supuesto, se deberá también tener muy en cuenta los resultados de otras ciencias: sociología, economía, etc.).

Esta labor del jurista puede, a su vez, darse en dos esferas: en su contribución a proyectos de legislación (nacional o internacional) para establecer DF, o en la elaboración de construcciones jurídicas a partir de DF ya positivizados. Pero aun para los casos en que ni lo uno ni lo otro sea posible, cuando se trata de juzgar la situación de los DH en

países que no tienen una legislación que los ampare debidamente, entonces el jurista, trabajando con conceptos debidamente racionales, puede poner en evidencia de modo científicamente más preciso cuáles son las violaciones a los DH, desde el punto de vista de una dogmática jurídica rigurosa. Y como lo que es válido como Derecho en la opinión de los científicos de la materia, constituye un factor que también juega en el marco de las ideas sociales, el análisis jurídico de tales situaciones puede tener su importancia incluso para la defensa práctica de estos derechos. Es cierto que la eficacia no dependerá *siempre* del grado de racionalidad de la argumentación desarrollada. Pero una conceptualización de esos derechos que sea lo bastante precisa permitirá, por lo menos, desmontar en forma más rigurosa las falacias de juristas (¡también los hay!) que defienden las posiciones de gobierno que los están violando.

4. *En conclusión.* El jurista recoge la materia de los DH en la conciencia social de su medio. Mas es difícil hallar un principio general, sea material o formal, lo bastante preciso como para "derivar" del mismo cada DH en particular. Sin embargo, el jurista puede llegar a precisar cada uno de éstos, para hacerlos manejables de modo más científico. Pero para eso debe partir de la diferencia entre derechos y libertades.

### III

Para terminar, quisiera recapitular algunas de las consecuencias metodológicas que, para la teoría de los DH, resultan de lo señalado hasta aquí. Pienso que esas consecuencias no carecen de importancia para una adecuada conceptualización jurídica y, por eso mismo, para un mejor manejo técnico de las categorías correspondientes por parte del jurista. Me limitaré ahora a subrayar ciertas ideas que ya fueron insinuadas en los desarrollos precedentes o que se siguen muy cercanamente de ellas.

a) *Límite material de los DH.* Desde el punto de vista de su contenido, los DH no pueden aspirar a una igualdad plena de las LI, igualitarismo que sería utópico, sino simplemente a asegurar un *mínimo* esencial de libertades, por más que éste se pueda oponer a otras libertades. (Un ejemplo: Supóngase que, para combatir una ola de delincuencia, que se traduce especialmente en atentados a la propiedad privada, la tortura aparezca como el medio policial más eficaz para descubrir a los delincuentes. Sin embargo, si partimos de la base que una práctica semejante es violatoria de los DH, tendremos que renunciar a la aplicación de tal medio; por más que esa renuncia a aplicarlo se tradujere en perjuicio de otras libertades, es decir, de la seguridad patrimonial de quienes resultan víctimas de dicha delincuencia.)

b) *Límite de la racionalidad jurídica.* Los DH no pueden ser demostrados, sino que son ellos mismos el fundamento de toda argumentación jurídica en esa materia. La racionalidad de tales derechos se agota en el hecho de ser precisado su contenido y sus relaciones con otros institutos jurídicos, pero no es posible justificar su esencia misma. Lo que sí puede ser justificado son tales o cuales concreciones particulares que se siguen, racional y/o empíricamente, de la definición por la cual aquellos derechos (naturales) hayan sido explicitados. Los DF o aplicaciones de los mismos pueden, pues, fundarse en los DH; pero estos últimos son, en sí mismos, de naturaleza *apriorística* sobre el plano del pensamiento jurídico.

c) *Planos ontológicos.* Los DH, en tanto que valores, sólo pueden ser limitadamente "rebatidos" por los hechos. Lo fáctico importa, ciertamente, para la "programación" más eficaz de DF; pero no para determinar la *legitimidad* última de éstos en cuanto DH, como objeto de reivindicación por parte de individuos o de grupos sociales.

d) *Resolución de antinomias.* Las antinomias entre DH (concretados o no en DF) y otros tipos de derechos, o de DH entre sí (supuesto que surjan incompatibilidades en su aplicación práctica), se resuelven, en definitiva, sobre el plano de las *jerarquías de valores*, no sobre el del mero análisis de lo empírico. La dogmática jurídica constituye, en este sentido, nada más que un *instrumento de racionalidad*, subordinado —en tanto que instrumento— al apriorismo axiológico de los valores en juego. (Por ejemplo: el derecho de toda persona a abandonar cualquier país puede entrar en colisión con el derecho de soberanía de un Estado, si sus gobernantes entienden que no deben permitir el libre abandono del territorio a los nacionales. Siempre son objeto de reglamentación jurídica, las condiciones en que ese abandono puede tener lugar —ningún Estado permite, por ejemplo, que salgan los presos de derechos común o que la gente salga sin llenar ciertos requisitos de tipo aduanero—. Pero la reglamentación será muy diferente si se parte de la base de que emigrar es un "derecho humano", que si se considera que debe primar la soberanía estatal. Que deba en principio predominar (o no) lo primero, es algo que aparece fundado apriorísticamente, en función de una escala de valores, dando por supuesto que se acepte esta escala. —Podría aquí traerse a colación igualmente el ejemplo que dimos antes, en (a), sobre la tortura). Quiere decir que, para resolver tales antinomias, el *prius* (lógico) es una afirmación apriorística de valores. Pero a partir de la misma, las soluciones registradas por la legislación y la dogmática pueden constituir derivaciones *racionales*.

e) *Importancia metodológica de la idea de libertad.* El plano de lo normativo-jurídico, para alcanzar eficacia, debe ser a la vez distinguido de y complementado con la referencia al plano de la facticidad

social. Dicho de otro modo: no hay que perder de vista la tensión existente entre derechos y libertades, es importante no confundir los unos con las otras. Aunque tales o cuales LI constituyen la finalidad de tales o cuales derechos, no debe olvidarse que estos últimos no son más que programas, mientras que aquéllas no son el programa mismo sino su meta. La idea de LI viene así a suministrar un precioso elemento de engarce entre normatividad y facticidad. Por un lado, las LI están, de cierta manera, en el derecho mismo: ellas lo integran, sobre el plano de la idea, en calidad de finalidades —fines sin los cuales la normación misma no puede ser entendida—. Pero por otro lado, esas libertades están en realidad fuera de la norma, ya que, para que ellas existan propiamente, tienen que concretarse en la dinámica social. Las libertades específicas a que apunta cada derecho suministran, así, el elemento de comparación y de ajuste más estrecho entre lo normativo y lo fáctico<sup>16</sup>. Quiere decir que una clara idea sobre las LI puede contribuir, en cada caso, en la instancia inicial a programar más realísticamente la normación jurídica, y más tarde a controlar en qué medida los derechos correspondientes están provocando verdaderamente los efectos sociales perseguidos.

f) Eficacia jurídica e interdisciplinaridad. La noción de DH constituye un arma de combate, precisamente para la promoción de las LI a que tales derechos apuntan. Una firme conciencia de la importancia de los cinco aspectos antes mencionados (a-e) puede favorecer esta "lucha por el Derecho" (Jhering), en cuanto eso contribuye a que el jurista tenga una visión menos estrechamente normativista. Como la normación jurídica no es un fin en sí, sino que está destinada a encarnarse en efectos sociales, una adecuada consideración de los límites propios de lo normativo puede tener por consecuencia que la conceptualización del Derecho, al ser más realista, sea también más eficaz. En este sentido, la interdisciplinaridad constituye un requisito indispensable. Ella resultará favorecida en la medida en que los conceptos jurídicos sean más racionales y más realistas. Yo diría que el jurista está tanto mejor pertrechado para luchar eficazmente en favor de los DH, cuanto más claro vea, como punto de partida para su metodología, cuáles son las relaciones, pero también las diferencias, que existen entre el plano de los derechos y el de las libertades. Semejante conciencia de su parte constituye, por lo demás, condición *sine qua non* para una colaboración fructífera entre la teoría del Derecho y las ciencias sociales empíricas. Una más precisa reflexión sobre las relaciones entre derechos y libertades, también en el ámbito de los DH, podría coad-

<sup>16</sup> Para un fino análisis de la relación general entre normatividad jurídica y realidad social, aunque sirviéndose de una noción de Derecho que me parece demasiado amplia, cf.: Julio Luis MORENO, Los Supuestos Filosóficos de la Ciencia Jurídica, Montevideo 1963, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

juvar, según me parece, a rescatar la ciencia jurídica de un encierro que no la favorece.

\*  
\*\*

Comencé esta exposición subrayando que mis observaciones se referirían a las posibilidades de un enfoque racional de la problemática jurídica en materia de DH. He puesto el acento en la necesidad de distinguir entre derechos y libertades, para alcanzar una conceptualización más racional, pero también más realista, en ese terreno. El error de la teoría tradicional ha sido doble. (a) Se ha confinado la idea de libertad al plano de lo normativo; o, por lo menos, no ha sido mantenido siempre presente que lo normativo no puede constituir más que un aspecto de las LI y que la plena realización de éstas está más allá de la normatividad misma. (b) Por esa idealización normativista de la noción de libertad, al asimilarla a la de derecho, se ha olvidado que no existe la libertad sino las LI; y tampoco se ha considerado lo bastante, que éstas se encuentran no sólo en una cierta "tensión" con el Derecho, sino que además, en los hechos, las libertades de unos se oponen dialécticamente a las libertades de otros. Es así que el normativismo —manifestándose aquí en esa confusión entre derecho y libertad— ha impedido una más estrecha colaboración de los juristas con sociólogos, economistas y politólogos, para el análisis de la problemática de los DH.

Nada de esto va en mengua, por supuesto, de la importancia que debe corresponder a la labor del jurista en ese campo. Porque si las ideas también juegan, como creo; si ellas no constituyen un simple reflejo o epifenómeno, un eco pasivo y más o menos inocuo de otros factores: entonces el jurista tiene una misión que cumplir aquí. Precisamente por eso, a él más que a nadie ha de importarle la justeza —¡no sólo la justicia!— de las ideas que maneja. Pues es un instrumento de orden conceptual, lo que han de emplear quienes se dedican al Derecho. Y es ésta la única herramienta de que pueden valerse en tanto que juristas. Por ello he querido poner el acento en la necesidad de afirmar la precisión de esa arma, nuestra arma, también cuando se trata de los DH.

Reclamar más racionalidad en la conceptualización de tales derechos, quiere decir ni más ni menos que exigirle al pensamiento jurídico un nivel lo más científico posible, y por eso mismo más efectivo. Pienso que es ésa la contribución más propia que el jurista, como tal, puede aportar al campo de quienes se están esforzando para que los derechos humanos consigan trocarse en libertades. Ahí está la tarea, para juristas y para no juristas: lograr que los derechos humanos sean más que tales, que se encarnen, en derechos fundamentales pero sobre todo en libertades individuales. En América Latina, por supuesto, no estaría demás que así sucediese.

## ANEXO

Puede ser oportuno recapitular, en forma esquemática, las principales tesis desarrolladas a lo largo del artículo precedente. Lo haré en el mismo orden en el cual las ideas correspondientes fueron presentadas en el cuerpo del artículo.

### I

- Tesis 1:* Toda ciencia es un lenguaje bien construido. La noción de DH debe ser lo bastante *precisa* y *diferenciada* para que sea aplicable en el marco de una *ciencia* jurídica.
- Tesis 2:* Las definiciones son más o menos arbitrarias, pero necesarias para subrayar diferencias *objetivas*.
- Tesis 3:* La libertad pertenece al plano de los *hechos*; el Derecho, al de lo *normativo*.
- Tesis 4:* No existe *la* libertad, sino *las* libertades; éstas son infinitamente variadas en sus concreciones individuales, y además son antinómicas.
- Tesis 5:* El Derecho está programado para que sea un edificio conceptual armonioso; aunque *se refiere a* libertades (tiene por fin favorecerlas o limitarlas), no consiste *él mismo* en libertades.
- Tesis 6:* Para que el Derecho pueda efectivamente llegar a favorecer tales o cuales libertades, *metodológicamente* importa mucho no confundirlo con las mismas.
- Tesis 7:* Los DH no son libertades, sino exigencias de derecho natural: valores considerados como *absolutos*, de legitimidad *supra-positiva*.
- Tesis 8:* Los DH son, pues, criterios para *juzgar* al Derecho positivo; y en la medida en que aquéllos aparecen incorporados a éste, pasan a ser *derechos fundamentales*.

*Tesis 9:* Entre DH, DF y LI existe la siguiente relación: los DF *pueden* obrar como factor de *mediación* entre el carácter puramente axiológico de los DH y el carácter esencialmente fáctico de las LI.

*En conclusión.*—Para una caracterización *genérica* de los DH importa subrayar que:

- i. no son libertades;
- ii. no son, en sí mismos, Derecho positivo;
- iii. son criterios jurídicos considerados como valores absolutos.

### II

*Tesis 10:* El contenido *específico* de los DH podría ser determinado en función de cuatro tipos de criterios:

- i. un criterio positivista-legalista;
- ii. criterios materiales casuísticos;
- iii. un principio general de carácter material;
- iv. un principio general de carácter formal, pragmático.

*Tesis 11:* En definitiva, ese contenido puede ser *mostrado*, pero no demostrado jurídicamente; una vez aceptada su validez, tales contenidos fungen, para la *ciencia* del Derecho, como *postulados* que sirven de fundamento último en la materia.

*Tesis 12:* En cuanto a los DH, la racionalidad jurídica consiste en *precisar* (pasar "en limpio") el contenido de los postulados en cuestión, de modo de hacer viable su empleo en un lenguaje científico, esto es, para poder extraer de ellos consecuencias prácticas *racionales*.

*Tesis 13:* Para que dicha racionalidad esté en condiciones de alcanzar mejor sus fines prácticos, es necesario tomar debidamente en cuenta las *relaciones* y las *diferencias* que existen entre el plano del Derecho y el de las libertades.

*En conclusión.*—El jurista recoge la materia de los DH en la conciencia social de su medio, a partir de donde, tomándolos como postulados, debe precisarlos para que sean manejables en un lenguaje científico (considerando, para ello, tanto las diferencias como las relaciones que existan entre Derecho y libertades).

## III

De las tesis precedentes se siguen las siguientes consecuencias de orden metodológico:

- i. *Límite material de los DH.* Los DH no pueden aspirar a una igualdad plena de las LI, igualitarismo utópico, sino simplemente a asegurar un *mínimo* esencial de libertades, históricamente variable.
- ii. *Límite de la racionalidad jurídica en materia de DH.* Una discusión racional en este campo puede referirse sólo a *consecuencias* (lógicas o empíricas) que se siguen de una precisión conceptual de tales derechos, pero no a la justificación de éstos en sí mismos.
- iii. *Plano ontológico de los DH.* Los DH pueden ser sólo limitada-mente "rebatidos" por los hechos; pero lo fáctico debe ser tenido muy en cuenta para alcanzar una programación más eficaz de DF.
- iv. *Resolución de antinomias.* Las eventuales antinomias entre DH, o entre éstos y otros tipos de derechos, se resuelven, en lo fundamental, sobre el plano de las jerarquías de valores, no sobre el del mero análisis de lo empíricamente dado o del Derecho positivo.
- v. *Importancia metodológica de la idea de libertad.* Puesto que los DH y los DF apuntan a LI, una clara noción de estas libertades sirve como elemento de *engarce* entre lo normativo y lo fáctico, esto es: para crear (primero) y para juzgar (después) la norma, a la luz del cumplimiento de su finalidad práctica (la de promover o limitar ciertas libertades).
- vi. *Eficacia jurídica e interdisciplinaridad.* Una firme conciencia de los cinco aspectos antes mencionados, sirve para afiliarse a una visión menos normativista del Derecho y, por consiguiente, a favorecer el desarrollo de la interdisciplinaridad en materia de DH; ello constituye, por lo demás; requisito indispensable para una labor científica (conjunta) más eficiente en ese campo.

## DICTAMENES