

# EL RIESGO DE HABLAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA TOMA DE POSTURA DESDE EL PARADIGMA DEL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

● Francisco Vázquez Gómez Bisogno\*

\* Profesor titular de Teoría Constitucional y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Investigador nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. ORCID: 0000-0002-2054-7199 (fvazquez@up.edu.mx)

## PALABRAS CLAVE

## KEYWORDS

- **Realismo jurídico clásico**
- **Relativismo jurídico moderno**
- **Derechos humanos**
- **Derechos fundamentales**

*Classic legal realism*

*Modern legal relativism*

*Human rights*

*Fundamental rights*

**Resumen.** El relativismo ha sido definido como el problema más hondo de nuestro tiempo. Partiendo de tal premisa, el autor realiza una propuesta que pudiera parecer limitada al ámbito de la semántica, debido a que reflexiona en torno a los conceptos de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, los cuales son asumidos con muy diversas caracterizaciones o, incluso, como sinónimos. Sin embargo, a partir del análisis de su origen, así como de la identificación de los riesgos del relativismo jurídico y de su impacto negativo en la doctrina del constitucionalismo, el autor postula en clave del *realismo jurídico clásico* una propuesta encaminada a corregir esa profusa indiferencia conceptual. Así, el autor concluye que la utilización de una u otra de tales nociones no debe ser insensible, ya que lleva en sí —más allá del parecer de quien la utilice— la elección de un paradigma jurídico, es decir, una toma de postura.

**Abstract.** Relativism has been defined as the deepest problem of our time. Starting from this premise, the author makes a proposal that could seem limited to the field of semantics, because it reflects on the concepts of *human rights* and *fundamental rights*, which are assumed with very diverse characterizations or, even, as synonyms. However, by analyzing its origin, as well as identifying the risks of legal relativism and its negative impact on the constitutionalism doctrine, the author postulates in the key of *classical legal realism* a proposal aimed at correcting that profuse conceptual indifference. Thus, the author concludes that the use of one or the other of such notions must not be insensitive, since it carries within itself —beyond the opinion of the person who uses it— the choice of a legal paradigm, that is, a taking of posture.

Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2019

Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2020

La “positivización” de contenidos “morales” afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico [...] sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida... (Zagrebelsky, 1997, p. 116).

Gustavo Zagrebelsky

## SUMARIO:

**I. Introducción. II. Identificando el problema: relativismo jurídico vs. realismo jurídico clásico. III. ¿Derechos humanos o derechos fundamentales? IV. Los derechos humanos se reconocen; los derechos fundamentales se otorgan: un primer riesgo. V. Los derechos humanos poseen un fundamento antropológico; los derechos fundamentales poseen un fundamento político, generando así la “democracia vacía”: un segundo riesgo. VI. Los derechos humanos como nómina enunciativa; los derechos fundamentales como nómina taxativa: un tercer riesgo. VII. Los derechos humanos como ámbito especializado; los derechos fundamentales como la pulverización de los derechos: un cuarto riesgo. VIII. Conclusión. IX. Fuentes de consulta.**

---

## I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto reflexionar en torno a dos conceptos ampliamente desarrollados y utilizados en el foro filosófico-jurídico. En ese aspecto, poco se podría aportar. Sin embargo, para justificar mi investigación, inicio este preámbulo apelando al discurso anecdótico, lo cual me permitirá perfilar la identificación de la problemática que pretendo abordar. En alguna ocasión escuché decir a algún expositor que Confucio era reconocido por ser un *policia* del lenguaje. Me di, pues, a la tarea de investigar lo que esa tesis podría significar y descubrí que el pensador chino habría afirmado en alguno de sus escritos lo siguiente: *cuando las palabras pierden su significado, el pueblo pierde su libertad*.

Más allá de la certeza que podamos tener en torno a la veracidad de tal afirmación, su contenido me permite acercarme a un *desiderátum* que pudiera parecer exclusivamente semántico, pero que, con algo más de sosiego, se

torna relevante para la filosofía del derecho. Si analizamos con detenimiento la advertencia del pensador chino, las reflexiones en cuanto a la utilización de unos u otros conceptos dentro del ámbito del derecho no deberían parecerse inútiles. Máxime cuando se llega a advertir que:

... las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje. (Aguirre Román, 2008: 142)

Después de sondear la profundidad de Aulis Aarnio, es evidente que nadie en su sano juicio podría recriminar a los ingenieros, administradores o médicos lo que hagan del y con el lenguaje, pero ciertamente no deberíamos actuar de la misma manera aquellos que elegimos profesiones cuya principal herramienta es el lenguaje mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, algo resulta altamente interesante en torno a dos nociones ampliamente desarrolladas por la literatura jurídica contemporánea. Me refiero a los conceptos de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. En trabajos cuyo objeto de análisis está íntimamente ligado a la doctrina del constitucionalismo, mientras juristas como Manuel Aragón (2002) en su obra *Constitución, democracia y control* y Francisco Javier Ansuátegui Roig (2003) en su investigación intitulada “Derechos, constitución y democracia”, se refieren de manera consistente al concepto *derechos fundamentales*, otros estudiosos como Juan Carlos Bayón, en su análisis “Derechos, democracia y constitución” (Pozzolo, 2006) prefiere adoptar el concepto de *derechos básicos o fundamentales*; incluso, juristas como Juan Manuel Acuña (2014), Antonio Colomer (2015), Dante Jaime Haro Reyes (2010) y Julio Armando Rodríguez Ortega (2010) utilizan ambos conceptos como sinónimos.

Frente a tal ambigüedad o indiferencia conceptual, el presente trabajo pretende aportar los elementos *iusfilosóficos* mínimos a partir de los cuales demostrar por qué resulta más acorde a la doctrina del constitucionalismo la noción de *derechos humanos*, sentando las bases para también advertir que utilizar tales conceptos como sinónimos implica una vaguedad que trae consigo mayores riesgos que beneficios.

Para ello, realizaré un análisis breve dentro del ámbito de la filosofía del derecho a efecto de demostrar que, si tal y como se afirma “el relativismo es

el problema más hondo de nuestro tiempo” (Ratzinger, 2005a: 65), por lo que resulta indispensable hacernos cargo de precisiones conceptuales que no son inocentes o indiferentes. Para ello echaré mano del *realismo jurídico clásico*, paradigma que provee de argumentos objetivos a partir de los cuales advertir que ni uno ni otro concepto son sinónimos ni deben ser utilizados indiscriminadamente, ya que su origen, contenido y sentido son precisables y, por tanto, su utilización puede, en muchos casos, llevar implícita una toma de postura filosófico-jurídica. En suma, los *derechos humanos*, en clave del *realismo jurídico clásico*, son una toma de postura que nos beneficia a todos. Veamos.

---

## II. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA: RELATIVISMO JURÍDICO VS. REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

Para nadie es desconocido que el principal reto de todo jurista consiste en encontrar respuestas y soluciones justas a los casos concretos que son sometidos a su consideración. En uno de los momentos cruciales de su carrera —al recibir el título profesional—, el novel jurista promete *tened presente ante todo no emplear sus conocimientos sino en servicio de las causas justas desempeñando la importante función social de consejero y director de quienes no poseen la ciencia del derecho*.

Es por ello que, primordialmente y en cumplimiento a tal promesa, debe escudriñar en los hechos del caso concreto esforzándose en identificar la existencia de una o varias *deudas*, para luego reconocer y tutelar el derecho subjetivo que se encuentre en juego y proteger así a la parte a quién le sea debido algo. No por nada Ulpiano recomendaba al que habría de dedicarse al derecho que conociera primeramente de dónde deriva el nombre de *ius* (derecho). Es llamado así —afirmaba el jurisconsulto romano— por derivar de *justicia* (Digesto, 1, 1,1). Por ello el jurista puede (o debería) ser considerado el científico de la justicia, ya que debe poseer un saber práctico que comporte un discernimiento fundamental: el de lo justo y el de lo injusto, el del derecho y el de la lesión del derecho (Aparisi Millares, 2006: 193). Desde esta perspectiva, no hay duda de que el fin del derecho es por demás simple (*la justicia*), aunque su concreción llegue a dificultarse considerablemente (*darle a cada quien lo suyo*).

Es más, la simpleza del derecho por lo que respecta a la finalidad mencionada se ha matizado considerablemente debido, en gran medida, a que

... después de la triunfante Revolución francesa se expande en Europa un nuevo y peculiar modo de comprender y operar con el derecho que constituye un auténtico “paradigma” (Kuhn) al que podemos llamarlo “dogmático, exegético, legalista o iuspositivista estricto o integral” [y] como era de esperar, se extiende e impera por América. (Vigo, 2003: 3)

De esta forma, el paradigma (Kuhn, 2006: 13) del iuspositivismo estricto o integral al que se refiere Vigo impactaría dentro de la tradición jurídica *romano-canónica* o del *civil law*, proyectándose al constitucionalismo europeo continental y, como efecto secundario, permeando en casi todo el constitucionalismo contemporáneo una idea fundamental: *solo es derecho lo establecido en la norma escrita*.

El impacto fue de tal profundidad y extensión que, a pesar del embriionario impulso hoy existente en los países latinoamericanos por avanzar hacia diseños constitucionales más cercanos al Estado de derecho judicial, nadie en su sano juicio podría negar —en los albores del presente siglo— que el paradigma del Estado de derecho legal sigue siendo la estructura fundamental del Estado contemporáneo (Pereira, 2005: 78), salvo en aquellos pocos países, claro está, que continuaron con la tradición jurídica del *common law* (Morineau, 2001). En suma, resulta evidente —prueba de ello es el método aún vigente en la enseñanza del derecho— que la ley es en nuestra comunidad jurídica la primera y, en muchas ocasiones, la única fuente que el jurista consulta para cumplir la importante función social que se le ha sido encomendada.

Así las cosas, no consideramos estar equivocados al afirmar que el paradigma del iuspositivismo convierte la mirada del jurista en una visión obtusa de la realidad, toda vez que este analizará los casos a partir de lo que exista o no en el conjunto de leyes y normas escritas que sean vigentes en el sistema jurídico respectivo. Perdida esa dimensión sapiencial del derecho, afirmará Paolo Grossi (2003), el “simplismo y optimismo parecen las características más llamativas del jurista moderno confirmado por las certezas ilustradas” (p. 17). Empero, por paradójico que parezca, el iuspositivismo, pretendiendo simplificar el quehacer del jurista, hizo de la ciencia jurídica algo complejo, al punto de que “el drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua” (Grossi, 2003: 36), lo que produjo la construcción de algunos edificios vacíos e irreales que pretendieron destruir —consideramos que sin éxito— otros de la cultura jurídica clásica: el derecho pretendió ser sustituido por la ley; de lo justo se transitó a lo legal, y la justicia terminó por convertirse en seguridad jurídica.

De esta forma:

... la realidad [comenzó a concebirse] como un orden lógico desde el hombre [...] lo existente empieza a ser y sólo es si es colocado por el hombre que representa y elabora. [La] verdad equivale así a la certeza que el sujeto obtiene de haber asegurado metodológicamente la objetividad [por lo que] la atención se desplaza hacia los procedimientos del pensamiento, hacia las reglas y métodos de constitución del saber con indiferencia del dominio particular dentro del cual ellos mismos están llamados a operar. (Innerness, 1990: 13-20)

Así, el hombre moderno le da la espalda al mundo y a la realidad para adentrarse en sí mismo. Para efectos del presente análisis entenderemos por *mundo clásico* aquel universo configurado a partir del pensamiento filosófico en la época clásica y el Medioevo (siglo v a.C.-1453, año en que cayó Constantinopla, capital del Imperio Romano de Oriente); y por *modernidad*, al pensamiento filosófico construido en la época moderna y contemporánea (siglo xv d.C. hasta nuestros días).

En este sentido, el iuspositivismo —representación más acabada de la *modernidad* en el ámbito del derecho— terminaría por generar una modificación en su desarrollo que significó transitar de una filosofía jurídica del *ser* a una filosofía jurídica del *pensar*. Es decir, mientras que en el mundo clásico el primer principio del que irremediamente partía todo conocimiento (cualquiera que fuera su nivel de abstracción) era la evidencia del objeto y su esencia, siendo el hombre capaz de saber lo que las cosas son y no son (*realismo filosófico*), para el mundo moderno el ser o las cosas se transformarían en objetos que son sometidos al pensar debido a que la cosa en sí es incognoscible, por lo que el *ser* de las cosas es solo un *ser percibido*. Así, el primer problema filosófico para los modernos sería el problema del conocimiento, ya que las cosas, más que conocidas, son pensadas (*relativismo filosófico*); desde esta perspectiva lo fundamental ya no sería *qué* se conoce sino *cómo* pienso lo que conozco (Vigo, 2012).

La diferencia entre el realismo y relativismo, que hunde sus raíces de manera profunda en el ámbito de la filosofía, evidentemente tendrá sus consecuencias en el ámbito del derecho, al punto de que hoy quizá debamos admitir que la histórica disputa entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo* ha quedado superada debido a que este último dejó ver sus insuficiencias y riesgos en Nuremberg, tribunal internacional en el que se contestaba categóricamente que la injusticia extrema que fundamentaba el orden jurídico nazi, a pesar de ser ley, no podía ser considerada derecho. En todo caso, desde nuestra óptica consideramos que hoy la disputa filosófico-jurídica

se ubica —más bien— entre el *realismo jurídico clásico* y el *relativismo jurídico*. Veamos.

En palabras de Javier Hervada (1988):

... el rasgo típico del realismo jurídico clásico consiste en ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido éste según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. La función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno. Ese derecho; esa cosa suya es el "iustum", lo justo, de donde resulta que el arte del derecho es el arte de lo justo. (p. 281)

En pocas palabras, el *realismo jurídico clásico* recibe su nombre debido a que ve el derecho en la *res iusta* o cosa justa, es decir, en el *ius* o derecho que es la cosa de cada uno; de ahí su realismo, ya que el derecho (*ius*) no es la ley ni es el derecho subjetivo.

De esta forma, la relación jurídica —o en palabras de Hervada (1988), la relación de justicia— es originalmente una relación de deuda, y el derecho o *ius* se constituye como tal —la cosa es *ius* o derecho— por su índole de debida. Luego, si la cosa es debida, al tratarse de una deuda en sentido propio y estricto, resulta ser exigible por el titular, lo que implica la facultad de exigir. Y es esta facultad a la que conocemos con el nombre de *derecho subjetivo*. Pero, en todo caso, es importante advertir que para el *realismo jurídico clásico* la titularidad de un derecho o *ius* consiste primariamente en que una cosa sea debida a alguien, y solo en un segundo momento comportará el derecho subjetivo o facultad de exigir lo que le es debido, de ahí que Hervada (1988) sea enfático en señalar:

... la justicia no consiste en dar a uno una cosa para que sea suya; no consiste en hacer que una cosa sea suya de alguien. Consiste en dar a cada uno lo suyo. Por lo tanto, el derecho —el *ius*— preexiste a la justicia. Sin *ius* o derecho preexistente, no es posible la acción de la justicia. (p. 289)

Es por lo anterior que se afirma con verdad que el objeto de estudio del derecho son las *deudas*, ya que si no es posible identificar en la realidad mundana una deuda (algo que alguien debe a otro), indiscutiblemente podremos identificar un derecho —un *ius*— que ese *otro* no solo puede exigir, sino que el derecho debe generar los mecanismos o garantías para que ese *algo* le sea dado.

Por lo tanto, podemos afirmar que el paradigma del realismo jurídico clásico se sustenta en, al menos, los siguientes postulados: (i) la realidad jurídica es análoga; (ii) la noción primaria del derecho es el *ius*; (iii) la ley



no es el mismo derecho, sino cierta razón de él; (iv) el fundamento del derecho es la naturaleza humana; (v) el ordenamiento jurídico es en parte natural y en parte positivo, y (vi) el juicio es la determinación recta de lo justo. Estos serán los comunes denominadores en el pensamiento de filósofos del derecho que han desarrollado este paradigma jurídico, tales como V. Cathrein, F. Olgiati, L. Lachance, G. Graneris, J. Maritain, S. Cotta, L. Mendizábal, M. Sancho Izquierdo, E. Luño Peña, L. Legaz y Lacambra, A. Truyol y Serra, M. Villey, J. Hervada, J. Martínez Doral, y J. Finnis, entre otros (Forero Forero, 2004).

En definitiva, el realismo jurídico clásico es denominado así en palabras de Claudia Helena Forero (2004):

... por tener sus raíces en el realismo filosófico, el cual corresponde a la convicción de que los objetos tienen una existencia diferente al pensamiento del sujeto que conoce, que tales objetos son cognoscibles (susceptibles de ser conocidos), y que son lo que ellos son en sí mismos y no lo que el sujeto conoce de ellos [y] es «clásico» por estar sustentado en filósofos como Aristóteles y Tomás de Aquino, y en el pensamiento jurídico también clásico de los romanos. (p. 118)

Lo anterior nos permite distinguir el *realismo jurídico clásico* de las corrientes contemporáneas denominadas indistintamente como realismo jurídico escandinavo y norteamericano. El primero de ellos tiene en común una:

... actitud antimetafísica radical, de acuerdo con la cual la única realidad a la cual corresponden los fenómenos jurídicos es la psicología. [En efecto] lo que se preguntan los escandinavos no es cómo nace formalmente el Derecho y por medio de qué fuentes formales nace, sino cuándo y por qué determinadas normas sociales son consideradas como Derecho. (Villoro Toranzo, 1988: 73-80)

De esta forma —afirma Villoro Toranzo (1988)— los escandinavos se proponen construir una teoría general del derecho que lo explique a partir de hechos, y los hechos más importantes que observan en relación con el derecho son las reacciones psicológicas de los individuos ante las normas jurídicas y las sanciones, convirtiéndose así en una especie de sociología jurídica. Los defensores de esta postura filosófico-jurídica son, entre otros: Axel Hagerstrom, Anders Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross.

La segunda corriente —el realismo jurídico norteamericano— debe diferenciarse del paradigma clásico, debido a que posee una cierta visión sociológica del derecho, pero con un claro ingrediente de pragmatismo o, si se prefiere, de *instrumentalismo pragmático*. En palabras de José Ignacio Solar

Cayón (2012), en esta postura filosófico-jurídica emerge una perspectiva pragmática o funcional, ya que el derecho ya no es entendido como algo preexistente que el jurista debe descubrir, sino un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas y, sobre todo, como un poderoso instrumento de transformación social. En esta corriente podemos ubicar a filósofos como Gray, Cardozo, F. Cohen, Holmes, Pound, entre otros.

En suma, se puede identificar a esta postura como aquella que sustenta su pensamiento en, al menos, cinco elementos esenciales: (i) la necesidad de estudiar las consecuencias sociales reales de las instituciones y doctrinas jurídicas; (ii) el estudio sociológico preparatorio de la legislación; (iii) el estudio de los medios para conseguir que las normas sean efectivas en su acción; (iv) el divorcio temporal entre el *ser* y el *deber ser* a efectos del estudio del derecho; y (v) la insistencia en la evaluación de cualquier parte del derecho en función de sus efectos (Solar Cayón, 2012: 176-226).

Así las cosas, a diferencia de lo defendido por el relativismo jurídico y los realismos jurídicos escandinavo y norteamericano, en el sentido de que será más importante reparar en las formas y los procedimientos de creación de las normas y no así en su contenido, comulgamos plenamente con la idea de que:

... el derecho está llamado a servir al hombre, [en el entendido de que] juzgar los actos humanos, con el fin de hacer justicia –tarea exclusiva del derecho–, pasa por el camino de conocer no sólo el texto legal que le es aplicable, sino el contexto del acto mismo, lo que reclama de los juristas hoy más que nunca prudencia (Platas Pacheco, 2011: XXI).

A lo que habría que sumar la suficiente integridad profesional que les mueva a buscar la verdad práctica, en el entendido de que “la realización de la justicia requiere, inevitablemente, un intento de aproximación a la realidad [al punto de que] si se abdicar de la búsqueda de la verdad también se renunciará, en última instancia, a hacer justicia” (Aparisi Millares, 2006: 242).

En palabras de Gustavo Zagrebelsky (1997), no debemos olvidar que el “derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad” (p. 121). En definitiva, mientras que el realismo es la doctrina según la cual el objeto de nuestro conocimiento tiene una existencia real e independiente de nuestra mente, para el relativismo (o idealismo) las esencias no están en las cosas sino en la mente del sujeto cognoscente (Platas Pacheco, 2011, pp. 18-19).

Pero ¿de qué manera el profesional del derecho puede desarrollar su función teniendo en cuenta tales premisas?, ¿cómo es que el abogado podrá ser fiel a su misión en tratándose de un ámbito tan complejo como lo es el ámbito de los derechos y las libertades?, en suma, ¿de qué forma el jurista del siglo XXI podrá juzgar los actos humanos con el fin de hacer justicia asumiendo a cabalidad la nueva obligación de realizar un control de convencionalidad y hacer todo ello a partir del paradigma del realismo jurídico clásico?

Es en este punto en el que este trabajo pretende realizar una aportación a partir de advertir que la definición en cuanto a la utilización de conceptos como los de *derechos humanos* o *derechos fundamentales* —comúnmente utilizados como sinónimos— no es neutral. Por el contrario, dicha definición implica una toma de postura —consciente o inconsciente— que hunde profundamente sus raíces en la concepción que del derecho pueda tener el jurista, razón de más para escudriñar en los riesgos que se generan ante dicha toma de postura. Veamos.

---

### III. ¿DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES?

En palabras de Nubiola (2000):

... quienes nos dedicamos a la filosofía —o quienes lo pretendemos— estamos enamorados de la verdad, estamos comprometidos en la búsqueda de las verdades realmente decisivas, [debiendo identificarnos por ese motivo] con una honda aspiración a que la verdad y la transparencia presidan siempre todas nuestras relaciones y la organización misma de la sociedad. (p. 100)

En este propósito, el objetivo fundamental de estas líneas es abordar una cuestión de orden conceptual en torno a las denominaciones de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, por lo que consideramos necesario justificar los motivos que nos llevan a referirnos al primero de los conceptos y no al segundo.

La precisión conceptual obedece, además, a que tal y como ya lo hemos previsto hacer referencia a uno u otro concepto ubica a quien los utiliza —consciente o inconscientemente— en paradigmas jurídicos opuestos, en razón de lo cual, en aras de propender a la veracidad y a la transparencia a la que se refiere Nubiola, es una *toma de postura* que en justicia debe realizarse a

fin de que aquel que lea estas u otras líneas sepa a partir de qué visión de lo jurídico se formula un juicio o discurso. Si, por el contrario, al momento de leer estas líneas se tiene la idea de que tales conceptos son sinónimos, este será el momento idóneo para que usted, querido lector, haga una elección y tome una postura de significativa relevancia en el ámbito de la filosofía del derecho. Veamos.

Para nadie es desconocido que no existe una postura hegemónica en cuanto a este debate conceptual, sin embargo, de lo que sí estamos convencidos es de que —estrictamente— derechos humanos y derechos fundamentales no son lo mismo. Lo anterior debido a que “el estudio de los derechos fundamentales tiene como referencia ineludible los derechos humanos [por lo que] conviene dejar claro que unos y otros no son exactamente lo mismo” (Bastida Freijedo, 2005: 41).

Así, podemos decir que los derechos humanos son una categoría más amplia, debido a que no son jurídicos, ya que en estos debemos incluir, por ejemplo, a los llamados derechos morales o naturales, es decir, tal y como lo sostiene Francisco Laporta (1987):

... si admitimos el rasgo de universalidad [de los derechos humanos] entonces tenemos que sacarlos [...] del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que viven [...] Parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como “derechos morales” y no [en el ámbito del sistema jurídico] como “derechos legales”. (p. 32)

Bajo esta premisa filosófica, por ejemplo, el Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 1º de agosto de 1990 estableció con sencillez que “Artículo 2º. Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano”.

De esta forma, los derechos humanos son, han sido y serán los mismos desde que el primer ser humano puso un pie sobre la faz de la tierra y hasta que el último lo haga. Por ello, se dice que el fundamento de los derechos fundamentales son los derechos humanos, que no son otra cosa que pretensiones, facultades e inmunidades inherentes a la naturaleza y dignidad humanas. Es decir, partiendo de dicha premisa resulta inútil —y hasta peligrosa— la pretensión de elaborar una nómina de derechos humanos, ya que cualquier listado, sea cual fuere el ámbito en el que se desarrolle, siempre será finito, imperfecto e inacabado.

No se pierda de vista que “el término ‘derechos fundamentales’ aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789” (Carbonell, 2005: 8). Es decir, surge en el contexto de la tradición jurídica del *civil law*, la cual, acompañada del mecanismo constitucional propio del Estado legislativo de derecho que pretende concretar el *constitucionalismo* —es decir, limitar al poder exclusivamente a través de las leyes escritas— termina por generar una clara tendencia a la codificación en todos los ámbitos, no siendo la excepción el terreno de los —hasta ese momento— denominados *derechos del hombre*.

De ahí que se afirme en términos generales que “...el modelo positivista trasforma los derechos humanos en derechos fundamentales” (Bastida Freijedo, 2005: 42). Así, bien puede afirmarse que los derechos fundamentales son los derechos que han sido *positivizados* en los tratados internacionales y en los textos constitucionales, es decir, los derechos fundamentales son —en el mejor de los casos— derechos humanos *constitucionalizados*.

Para entender claramente la relación entre ambos conceptos, Antonio Pérez Luño afirma:

... habría un amplio consenso en considerar que en el régimen del apartheid en Sudáfrica o en la dictadura de Pinochet en Chile se violaban “derechos humanos”; sin embargo, de acuerdo con el sistema jurídico de esos países, la detención sin causa o la segregación racial no eran actos violatorios de “derechos fundamentales”. Estos dos regímenes [...] podrían ser denunciados como “violadores de derechos humanos”, pero no como violadores de “derechos fundamentales” en tanto que sus ordenamientos jurídicos internos no reconocían como tales una serie de derechos que a nosotros nos pueden parecer esenciales desde cualquier punto de vista. (Carbonell, 2005: 8)

Por ello es que Francisco Laporta (1987), al hacer referencia a otra de las características de los derechos humanos, es decir, a su carácter absoluto, señala que, efectivamente, los derechos humanos pretenden obtener su fuerza característica de que son la expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos. En palabras de Benn, los derechos humanos son afirmaciones de intereses o necesidades básicas; o bien, afirmaría Kleinig que los derechos humanos representan esas mínimas condiciones bajo las que los seres humanos pueden prosperar (*flourish*) y que deben ser asegurados, si es necesario, con la fuerza (Laporta, 1987).

Pero como señala Laporta, la cuestión es determinar cuáles son esos intereses, necesidades, condiciones mínimas, mínimo de exigencias o valores

vitales; esfuerzo que supera ampliamente esta investigación. No obstante, en palabras de John Finnis, es posible identificar siete *bienes humanos básicos*, a partir de los cuales sería también posible identificar los derechos humanos. En otras palabras, atendiendo a que, desde el punto de vista del *realismo jurídico clásico*, el derecho es la ciencia que debe tener como objeto de estudio las *deudas*, al identificar qué bienes son aquellos sin los cuales el ser humano no puede vivir como tal —es decir, aquellas realidades que le son debidas al hombre por el hecho de ser hombre— será posible identificar los derechos que sean correlativos a esas deudas. Hacerlo de otra forma nos puede llevar, sin la mayor dificultad, a postular la existencia de pseudo derechos humanos que, en muchas ocasiones, ni siquiera son simples derechos debido a que frente a ellos no existe una obligación que cumplir o una deuda que cubrir.

De ahí que Finnis (2011) no intente postular una nómina de derechos, sino que, por el contrario, afirme que los *bienes humanos básicos* (léase deudas que le son debidas a todo ser humano) son la (i) la vida, (ii) el conocimiento, (iii) el juego, (iv) la experiencia estética, (v) la sociabilidad o amistad, (vi) la razonabilidad práctica y (vii) la religión.

Estos *bienes humanos básicos* —afirma Finnis— son conocidos por todo el mundo a través de la evidencia y sin la necesidad de razones ni discursos. Luego, al analizar aquellas circunstancias en las que se encuentre en riesgo alguno de dichos bienes, el filósofo del derecho estará en la posibilidad de ir deduciendo los derechos que sirvan de tutela; pero, en todo caso, su enunciación y su conceptualización deriva de un proceso que parte del análisis de la realidad, asegurando así su desarrollo dentro del paradigma del *realismo jurídico clásico*. Es por ello que debe afirmarse, desde este modelo de entendimiento, que los derechos humanos no se inventan, existen desde siempre y afloran de un proceso de reflexión filosófica generalmente frente al sufrimiento y a la injusticia.

En razón de ello es que Zagrebelsky (1997) afirme que la *positivización* de contenidos *morales* afirmados por el derecho natural que se realiza en el máximo nivel del ordenamiento jurídico —es decir, en los tratados internacionales y en las Constituciones—, si bien tiene una gran importancia en la historia del derecho, solo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida por elaboraciones materiales diferentes, tanto del derecho constitucional como del propio derecho natural.

De esta forma, consideramos que al no entender esta diferencia conceptual y, sobre todo, al optar por utilizar el concepto de *derechos fundamentales*

prescindiendo del concepto de *derechos humanos* —bajo la lógica de al no estar positivizados no son garantía y de poco sirven en el ámbito de la práctica jurídica— se corren cuatro riesgos de significativa relevancia, mismos que a continuación intentaremos explicar.

#### IV. LOS DERECHOS HUMANOS SE RECONOCEN; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SE OTORGAN: UN PRIMER RIESGO

El primer riesgo que advertimos en la visión que prescinde del concepto de *derechos humanos* para centrarse únicamente en el de *derechos fundamentales* consiste en que se constituye a partir de una filosofía antropológica y política que concibe al hombre de una forma poco humana o, si se prefiere, parte de negar aspectos esenciales de su naturaleza y dignidad como lo es la sociabilidad, incurriendo así en un pesimismo antropológico que terminará por generar una nueva paradoja: *¿cómo configurar y defender derechos que derivan de la naturaleza y dignidad humanas, partiendo de negar elementos esenciales de dicha naturaleza y dignidad y de afirmar que ese ser humano es un ser malvado en sí?* Veamos.

Al mencionar que este primer riesgo consiste en defender una filosofía política que niega características esenciales de la naturaleza y dignidad humanas, incurriendo así en un pesimismo antropológico, nos referimos a que la visión iuspositivista de los derechos humanos —es decir, la visión que opta por preferir el concepto de los derechos fundamentales— parte, en buena medida, de las ideas del *contractualismo hobbesiano y roussoniano*.

Para entender mejor las afirmaciones antes vertidas, debemos recordar que salvo Hobbes y Rousseau todos los teóricos que siguieron la doctrina *contractualista* consideraron que hay un núcleo de derechos que los hombres se reservan debido a que son irrenunciables, es decir, estos dos pensadores consideraron que el ser humano, al iniciar la convivencia social, renunciaba a todos sus derechos, lo que a la postre serviría de fundamento al Estado legislativo de derecho para generar esquemas en los que los derechos debían *otorgarse*, no reconocerse. Thomas Hobbes (1980) llegaría a esta conclusión afirmando que el ser humano es malo por naturaleza, toda vez que:

... lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es

decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin. (p. 106)

Nótese cómo Hobbes partiría de la premisa de considerar que el hombre puede hacer *todo* lo que a su propio juicio y razón considere necesario para conservar su vida, para luego afirmar que ese *juicio* y esa *razón* no son tales en realidad, ya que “la buena inteligencia de las criaturas irracionales es natural, mientras que la de los hombres lo es solamente por pacto, [razón de más para que exista] un poder común que los mantenga a raya y dirija sus acciones hacia el beneficio colectivo” (Hobbes, 1980: 137 y 141).

Así, vemos claramente que su tesis se fundamentó en un *pesimismo antropológico*, de grado tal que considera que la inteligencia de los animales es natural, mientras que la del hombre lo es solo por convención, llegando así a la conclusión de que:

... el único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos –a los hombres– contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas [...] es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o una asamblea de hombres [...] por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. (Hobbes, 1980: 141)

Luego, resulta evidente que Hobbes, al considerar tal autorización y transferencia, no solo se refiere al pacto social, sino a la necesidad de que dentro de tal pacto se incluya una cláusula por medio de la cual los hombres renuncien a todas sus libertades y derechos, razón para ubicar a Hobbes dentro de los teóricos del *contractualismo*, pero con la característica de que termina por concebir que el ser humano no posee un núcleo de derechos inalienables, al punto de que puede y debe renunciar a todo para estar en la aptitud de celebrar tal contrato.

Por su parte, Rousseau, al momento en que se le preguntaba por las razones que impulsan al hombre a reunirse en sociedad, comienza por afirmar que el ser humano nace libre en todas partes y, sin embargo, vive amarrado y atado a las reglas de la sociedad. Nótese esta primera afirmación: “...el hombre en todas partes ha nacido libre...” (Rousseau, 1882: 2).

Sin embargo, rápidamente dejaría ver el mismo pesimismo antropológico esbozado por Hobbes, pero con una adición de significativa relevancia: Rousseau niega cualquier dato o contenido relacionado con la natural



sociabilidad del hombre. Tal negación la encontramos cuando menciona que, aunque “...el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros, no obstante él no proviene de la naturaleza, pues está fundado en meras convenciones” (Rousseau, 1882: 3).

Lo grave del equívoco roussonianos es que no le otorga valor alguno a la naturaleza política del hombre y, por lo tanto, terminará por negar implícitamente su dignidad. A pesar de que Rousseau (1882) comienza por señalar que:

... la sociedad más antigua y la sola que hay natural es la familia, [inmediatamente afirmará que] los hijos no están sujetos al padre, sino mientras tienen necesidad de él para su conservación. Tan pronto como esta necesidad cesa, el lazo natural se disuelve. Los hijos exentos de la obediencia que deben al padre, éste libre de los cuidados que debe a sus hijos, ambos entran naturalmente en la independencia: si continúan unidos, no es natural sino voluntariamente, y esta familia no se mantiene en este estado sino por convención. (pp. 3-4)

Así, el ser humano, según Rousseau, de su estricta individualidad solo puede transitar a la vida en sociedad a través de un pacto, es decir, de un acto voluntario, negando cualquier fundamento que la natural sociabilidad del hombre pueda tener en la génesis de la sociedad civil y del Estado, lo que debe advertirse, ya que de aceptarse tal postura tendríamos que reconocer que el Estado es exclusiva construcción del hombre y, lo que es peor, tendríamos que negar la intervención de su propia naturaleza. Luego —tal y como se verá—, esta forma de pensamiento será un punto de partida erróneo e incompatible con la más básica idea de los derechos humanos.

Aunque para Rousseau el hombre es un *bon sauvage*, habrá que distinguir que el concepto de *buen salvaje* puede tener dos interpretaciones, sobre todo por lo que hace al calificativo de *buen*, a saber: (i) acorde con las cualidades que cabe atribuirle por su naturaleza o destino, es decir, en esta primera acepción *buen salvaje* significaría que la persona es salvaje en su máxima expresión o, en otras palabras, es *bien* salvaje; o (ii) dicho de una persona simple o bonachona, es decir, en esta segunda acepción *buen salvaje* significaría un *salvaje bueno*. Como puede observarse, las acepciones son diametralmente opuestas, ya que, mientras que la primera parte del pesimismo antropológico hobbesiano, la segunda considera al hombre como un ser que, si bien ha sido dotado de una naturaleza que en mucho es idéntica a la de los animales superiores, por la dignidad que posee puede desarrollarse; es decir, el ser humano se construye a sí mismo en todo momento a través del ejercicio de su libertad.

No obstante, consideramos que Rousseau se refiere al *bon sauvage* como la primera de las acepciones mencionadas, ya que concluirá que el hombre no puede reunirse en sociedad más que por un pacto. Nótese la forma en que Rousseau (1882) comienza a explicar el contrato social, al formular la siguiente hipótesis:

Supongo a los hombres constituidos en aquel punto, en el cual los obstáculos que perjudican a su conservación en el estado de naturaleza, superan con su resistencia las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en semejante estado. Entonces no puede ya subsistir en este estado primitivo, y el género humano perecería, si no mudase de modo de existir. (pp. 22-23)

Así, la tesis *rousseauiana* contempla también la miseria del hombre, quizá no de la misma manera en cómo la enfatizó Hobbes, ya que no afirmaría que *el hombre es el lobo del hombre*, pero sí lo concibe como un *buen salvaje* que, antes de su inserción en la sociedad a través del pacto social, era incapaz de todo conocimiento moral o racional, lo que no podría adquirir hasta en tanto no celebrase dicho pacto, ya que será gracias al mismo que el hombre pueda enaltecerse. De ahí que Rousseau (1882) señalara:

... el paso del estado de la naturaleza al civil produce en el hombre una mutación muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto, y dando a sus acciones la moralidad que les faltaba antes. Entonces es cuando la voz del deber sucediendo a la impulsión física, y el derecho al apetito, el hombre que hasta aquí no había mirado más que a sí mismo, se ve obligado a obrar por otros principios y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones. (pp. 28-29)

De esta forma, al negar la importancia de la natural sociabilidad humana en la génesis de la sociedad y del Estado, Rousseau (1882) terminaría por incurrir en el error que ya advertíamos: asumir como necesaria la cesión absoluta de los derechos y libertades del hombre a favor del Estado, diciendo —en relación con el pacto social— que:

... las cláusulas de este contrato están de tal modo determinadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación las hace vanas y de ningún efecto [...] Estas cláusulas bien entendidas se reducen a una sola, es a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad, porque en primer lugar, dándose cada uno enteramente, la condición es igual para todos, y siendo así, ninguno tiene derecho de hacerla onerosa a los otros. Además, haciéndose la enajenación sin reserva, la unión es tan perfecta como puede ser, y ningún asociado tiene nada que reclamar (p. 21).

Bajo esa tesitura, al igual que Hobbes, la tesis roussoniana se refiere a una cesión absoluta de derechos y libertades, lo que nos deja advertir que tales pensadores no le concedieron valor alguno a la natural sociabilidad del hombre en la génesis de la sociedad —primero— y del Estado —después—. Hobbes, por considerar que el ser humano es malo por naturaleza, razón de más para que deba ser despojado de todo, y Rousseau, por considerar que no hay tales derechos naturales, ya que toda unión humana se da por convención, corriendo los derechos humanos con la misma suerte, razón por la cual será indispensable *otorgarlos* mediante normas positivas, convirtiéndolos así en derechos fundamentales.

Pero, si esta es la filosofía política y antropológica sobre la que se construye el concepto de derechos fundamentales, ¿cuál podría ser la que sirva de fundamento a los derechos humanos? Veamos.

De acuerdo con Aristóteles, el hombre tiende por naturaleza a reunirse con sus semejantes. Comencemos por recordar la celeberrima frase del Estagirita quien —en el libro primero de *La política*— afirmaba que el hombre es *zoon politikón* al manifestar:

... la mejor manera de ver las cosas, en esta materia al igual que en otras, es verlas en su desarrollo natural y desde su principio [...] el hombre es por naturaleza un animal político [...] el por qué sea el hombre un animal político, más aún que las abejas y todo otro animal gregario, es evidente. La naturaleza —según hemos dicho— no hace nada en vano; ahora bien, el hombre es entre los animales el único que tiene palabra [...] la palabra está para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto; y lo propio del hombre con respecto de los demás animales es que él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto. (Aristóteles, 1998: 158)

Así, la sociabilidad que Aristóteles califica de natural en el ser humano nos ha llevado a afirmar durante siglos que el hombre tiende a reunirse en sociedad con el fin de potencializar sus aptitudes, corregir sus defectos, satisfacer sus necesidades y, lo que no es menor, para servir a los demás a efecto de que concreten los mismos fines, ya que es una máxima de la experiencia que el ser humano nunca se ha bastado a sí mismo. No por nada el filósofo diría también que:

... si el individuo no puede de por sí bastarse a sí mismo, deberá estar con él todo político, en la misma relación que las otras partes lo están con su respectivo todo. El que sea incapaz de entrar en esta participación común [prescribe Aristóteles] es una bestia o un dios. [Por ello] en todos los hombres hay pues por naturaleza una tendencia a formar asociaciones de esta especie [que son] causa de los mayores bienes. (Aristóteles, 1998: 159)

Siguiendo a Aristóteles y derivado de la sociabilidad humana, podemos ubicar un primer parteaguas en la génesis de la sociedad y del Estado. Nos referimos al paso que por naturaleza tuvo que transitar el ser humano abandonando cualquier idea de vivir y desarrollarse en su estricta individualidad para que, aún sin disponer de su libertad natural, comenzara a relacionarse con sus semejantes y, con ello, ser fiel a esa tendencia que su misma naturaleza le imponía. Este primer momento lo podemos identificar como el origen de una *sociedad natural*.

En simples palabras, la sociedad natural se configura en el momento en que el ser humano percibe que sus semejantes poseen idénticas o similares necesidades, razón suficiente para iniciar una sociedad en la que comienza a gestarse una muy precaria idea de bien común. Es por ello que Jean Dabin (2003) sostiene que:

... el individuo humano se ve compelido a buscar la sociedad de los demás individuos humanos. Entre esas sociedades necesarias figuran, además de la familia, las diferentes formas de agrupación política: las aldeas y ciudades, primero; después, en la misma prolongación, pero sobre un plano más amplio, el Estado. (pp. 89-90)

Formada así la sociedad natural es posible identificar un segundo momento: la configuración de una *sociedad civil*, primero, y posteriormente la conformación del Estado. Es en esta etapa en la que vemos la configuración de grupos homogéneos de personas que empiezan a identificar fines y objetivos similares, por lo que se reúnen para conseguirlos, estableciendo para tal efecto mínimos normativos no escritos. Surge así la idea de ser gobernados por normas (no en un sentido positivo), no por hombres, y por ello se gesta una precaria idea de *interés general*, mismo que debe prevalecer respecto de los intereses particulares. Llegado este punto, John Locke puede servirnos de referencia para entender las virtudes de una tesis que se sustenta en una filosofía política que no niega el derecho natural y que se sustenta en un *optimismo antropológico*.

Locke (1821) consideraría —al igual que Aristóteles— que el hombre se reúne en sociedad por naturaleza, no por convención, ya que afirmaría que habiendo:

... Dios hecho al hombre una cierta criatura, a quien, según el juicio de este sabio Creador no convenía estar solo, le ha puesto en la obligación y necesidad que le ha inspirado, con el deseo de unirse en sociedad. La primera fue la del hombre y la mujer, que ha dado nacimiento a otra formada de aquellos y de sus hijos, [y por la cual] él y los demás hombres forman una comunidad, componiendo una sociedad —la sociedad natural— que les distingue

de lo restante de las criaturas: si no fuera por la corrupción de los malvados no hubiera necesidad de ninguna otra sociedad, ni de que los hombres abandonasen la comunidad natural para componer otras. (pp. 122, 198-199).

De esta manera, a diferencia de Hobbes y Rousseau, Locke (1821) afirmaba en su *Tratado del gobierno civil*, en torno al estado de naturaleza, que para:

... comprender perfectamente en qué consiste el poder político y conocer su verdadero origen, es preciso considerar el estado en que todos los hombres se hallan naturalmente. Este es el de absoluta libertad, en el cual sin anuencia de nadie y sin ninguna dependencia de voluntad ajena, se puede hacer lo que se quiera, y disponer de personas y bienes según mejor parezca, con la restricción de contenerse siempre en los límites de la ley natural. (p. 5)

No obstante, afirmaría Locke (1821) que:

... si el estado de naturaleza es un estado de libertad, no lo es de ningún modo de licencia. Indudablemente que el hombre tiene una incontestable libertad, en virtud de la cual puede disponer a su antojo de su persona y de lo que posee: empero no tiene derecho de destruirse a sí mismo, ni de hacer ningún daño a persona alguna, o turbar a nadie en la posesión de lo que goza: debe hacer de su libertad el mejor y más noble uso que exige de él su propia conservación. (pp. 8-9)

Nótese aquí una diferencia más entre los pensadores que hemos puesto en diálogo. Mientras que Hobbes y Rousseau concibieron el ejercicio de la *libertad* como *autarquía* (DRAE: autosuficiencia), Locke concibe tal ejercicio como *autonomía* (DRAE: condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie), siendo esta una diferencia sustancial y de profundas consecuencias en el tema que estamos abordando. Veamos.

La libertad entendida como *autonomía* se concibe, en primer lugar, como una condición del individuo, es decir, se trata de un individuo que se encuentra en una situación determinada, lo que significa que la autonomía no es necesariamente intrínseca a todo individuo, sino solo al que se encuentra en una determinada condición. Así, por ejemplo, afirmó el *justice* Holmes, “el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente ‘¡fuego!’ en un teatro, causando pánico” (Schenk vs. United States, 1919); y en segundo lugar, que el individuo no depende de nadie en ciertos aspectos, lo que quiere decir que por ciertos aspectos es independiente de cualquier sujeto

u objeto, pero no por otros o por todos los aspectos; se trata, por tanto, de una independencia parcial y relativa, y no total ni absoluta. Así, esta concepción de libertad mira a la persona como “capaz de autogobierno biológico, psicológico y espiritual; pero su autonomía es relativa” (Lucas Lucas, 2010: 68-69).

Por el contrario, la libertad, entendida como *autarquía*, se concibe como la capacidad o poder de gobernarse a sí mismo, o bien, de acuerdo al segundo de sus significados, como autosuficiencia; es decir, un sujeto que se basta a sí mismo. De esta forma, la autarquía va más allá de la autonomía y se impone o se afirma contra cualquier otra voluntad de modo absoluto e indiscutible. La visión de la libertad como autárquica genera la consecuencia lógica de pensar que el bienestar del ser humano consiste en satisfacer todas sus necesidades dándole una respuesta exhaustiva a todas sus aspiraciones, lo que a su vez provoca un permisivismo que termina por configurar una moral libertaria. En palabras de Ramón Lucas Lucas (2010), lo anterior genera un *absolutismo del libertinaje*, el cual provoca que:

... la sociedad no respet[e] las leyes de un desarrollo armonioso y, por esto, las partes actúan sin respeto a los derechos de los demás. Así, por ejemplo, quien considera que la forma para realizarse a sí mismo sea seguir las tendencias de la propia «libido reprimida», juzgará lícito y derecho suyo orientar la libertad individual en este sentido. La sociedad permisiva es una sociedad falsamente libre, y esto por un motivo fundamental: por querer permitir todo no garantiza ya nada. (pp. 59-60)

Este es el peligro de una visión de la libertad como autarquía: “[que] en estas sociedades, prospera la delincuencia organizada, avanza la droga y se desencadenan los más bajos instintos del hombre” (Lucas Lucas, 2010: 59-60).

Así, vemos en Locke una filosofía antropológica que considera, aún en el estado de naturaleza, a un hombre titular de ciertos derechos que no pueden ser arrebatados por los demás, derechos los cuales, incluso, no pueden ser dispuestos por su titular, ya que la voluntad del hombre siempre deberá estar limitada por la ley natural a efecto de que haga de su libertad el mejor y más noble uso. Luego, será lógico que, a diferencia de Hobbes y Rousseau, considere que el contrato social tenga un límite infranqueable: los derechos naturales del ser humano, es decir, los derechos humanos, razón de más para que afirmara que:

... la libertad natural del hombre consiste en no reconocer ningún poder soberano en el mundo, y en no estar sujeto a voluntad o autoridad legislativa cualquiera que sea, y sí solo en seguir las leyes de la naturaleza. La libertad en la sociedad civil consiste en no ser sometido a más poder legislativo que aquel que se ha establecido por el asentimiento de la comunidad [...] Esta libertad, por la cual no existe sujeción a un poder arbitrario y absoluto, es tan necesaria y tan estrechamente unida a la conservación del hombre que no puede separarse de ella [...] Por consecuencia ningún hombre no teniendo derecho sobre su propia vida, tampoco puede por ningún tratado, ni por su propio consentimiento hacerse esclavo, como tampoco puede someterse al poder absoluto de otro que le quitará la vida cuando quiera. Nadie puede conceder aquello de que no es poseedor, y aquél que no puede quitarse la vida, no tiene facultad para comunicar a otro ningún derecho sobre esta. (Locke, 1821: 41-43)

Por lo anterior, Locke considerará que los únicos poderes a los que renuncia el ser humano, al consentir el pacto o contrato social, es decir, al decidir formar parte de esa *sociedad civil* de la que hemos hablado, son dos: (i) el poder de mantenerse en una sociedad natural, es decir, de hacer todo aquello que halle más propio para su conservación y la de los demás, según el espíritu de las leyes de la naturaleza comunes a todos, por lo cual dirá que “si no fuera por la corrupción de los malvados no hubiera necesidad de ninguna otra sociedad, ni de que los hombres se separasen, ni abandonasen la comunidad natural” (Locke, 1821: 198-199); y (ii) el poder para castigar los crímenes cometidos contra sus leyes, pero señalando que, ante tales renunciaciones, el hombre:

... se despoja [...] de esos poderes a fin de que las leyes de la sociedad le dirijan y administren, con el objeto de proveer a la conservación del que lo ha entregado, así como la de todos los demás miembros de esta sociedad: estas leyes estrechan por tales renunciaciones la libertad que se consigue en el estado de naturaleza (Locke, 1821: 199-200).

Nótese que Locke habla de que las leyes de la sociedad civil solo *estrechan* las libertades de las que el hombre es titular, dejando en claro que el hombre mantiene su libertad y aquellos derechos naturales que son irrenunciables. Por ello concluirá que el poder en la sociedad civil —y por lo tanto en el Estado— “debe reducirse a asegurar y conservar las propiedades de cada uno, remediando al mismo tiempo los [...] defectos [...] que hacían del estado de naturaleza tan peligroso como molesto” (Locke, 1821: 201).

De esta forma, ahora es claro el primer riesgo que advertíamos en torno a la tesis *iuspositivista* de los derechos humanos, la cual, al estar sustentada en una filosofía antropológica y política poco conveniente, terminará por convertirlos en derechos fundamentales, siendo necesaria su positivización

y, con ello, su *otorgamiento* —que no reconocimiento— a través de ciertas normas jurídicas.

---

## V. LOS DERECHOS HUMANOS POSEEN UN FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POSEEN UN FUNDAMENTO POLÍTICO, GENERANDO ASÍ LA “DEMOCRACIA VACÍA”: UN SEGUNDO RIESGO

El segundo riesgo consiste en que, paradójicamente, se desprovee de fundamento a los *derechos fundamentales* o, si se prefiere para evitar la ironía, se les provee de un fundamento exclusivamente de tipo político. En efecto, al considerar que la verdadera y efectiva garantía de los derechos humanos es su positivización en los tratados internacionales y en las constituciones, transformándolos así en derechos fundamentales, terminan por ser derechos alejados del *ser* al que dicen proteger y se convierten en derechos que son proyectados, discutidos y aprobados por órganos legislativos —nacionales o internacionales— siguiendo un procedimiento que, en el mejor de los casos, será la única garantía y el único rasgo de rigor en su configuración, incurriendo así en un *intersubjetivismo procedimental*, según el cual los derechos deben ser definidos por la mayoría (Goñi Zubietta, 2003:163).

De esta manera, el debate acerca del fundamento filosófico de lo que termine por ser un derecho fundamental ya no será trascendente, pudiendo incluso ser obviado en caso de que sea políticamente incorrecto. Así, la configuración de los derechos deja de ser un ámbito en el que participen las ciencias cuyo objetivo sea explicar la naturaleza y dignidad humanas —ciencias que deben participar en la configuración, justificación y desarrollo de cualquier derecho del que se afirme que deriva de tal naturaleza y tal dignidad— para trasladarse exclusivamente al terreno de la política y de la lucha del poder.

En este sentido, este segundo riesgo consiste en que esta postura nos remite irremediabilmente al paradigma del *relativismo jurídico* y, con ello, a un concepto por demás peligroso: la *democracia vacía*, que es aquella en la que “el hombre quiere redefinir los contenidos esenciales de la misma humanidad, considerando que no existe ninguna verdad acerca del bien del hombre que no sea producto del consenso social” (Lucas Lucas, 2010: 195). De esta forma, “el relativismo aparece así, al mismo tiempo, como el fundamento filosófico de la democracia” (Ratzinger, 2005a: 105), lo cual



configura la *falacia democrática*, es decir, suponer que la verdad se encuentra en aquello que decida la mayoría.

Es por ello que, ante la falacia mencionada, existe una tesis que ningún jurista debiera olvidar:

La verdad (léase "justicia") no es un producto de la política (de la mayoría), sino que la precede e ilumina. No es la praxis la que crea la verdad, sino la verdad la que hace posible la praxis correcta. [Así] la política es justa y promueve la libertad cuando sirve a un sistema de verdades y derechos que la razón muestra al hombre". [En definitiva,] frente al escepticismo explícito de las teorías relativista y positivista [debe existir] una confianza fundamental en la razón, que es capaz de mostrar la verdad. (Ratzinger, 2005a: 86-87)

De esta forma, no se trata de desconocer el problema al que se enfrenta el concepto de *derecho natural* y la determinación de su contenido en un mundo que considera como una relación indisoluble la *democracia* con el *relativismo*. Resulta paradójico que en tiempos modernos se defiendan los derechos humanos sobre la base de que la dignidad natural del hombre es la misma, predicando por ello su universalidad, pero al mismo tiempo, cuando de responsabilidades u obligaciones se trata, surja inmediatamente el *relativismo* que diluye los conceptos de justicia o injusticia a cuestiones meramente particulares, circunstanciales o culturales. Todos tenemos claro que nuestra vida es un valor que merece toda la tutela jurídica posible, pero comienza a no ser tan claro cuando de lo que se habla es de la vida de los demás. Por eso se ha señalado que "el relativismo es el problema más hondo de nuestro tiempo" (Ratzinger, 2005a: 65). Es por ello que no podemos olvidar que:

... la verdad es "lógos" que crea "diá-logos" y, por tanto, comunicación y comunión [por lo que rescata] a los hombres de las opiniones y de las sensaciones subjetivas, [y] les permite llegar más allá de las determinaciones culturales e históricas y apreciar el valor y la sustancia de las cosas. (Benedicto XVI, 2009: 4)

En definitiva, no compartimos la idea de que el *relativismo* sea el fundamento filosófico de la *democracia* debido a dos razones: (a) si bien es cierto que la pluralidad democrática implica que haya personas con ideas diversas, es falso que la verdad y la justicia sean incognoscibles para el hombre; de hecho, es la misma pluralidad la que permite en mejor medida entrar en el proceso de la búsqueda de la verdad y la justicia; y (b) porque la vinculación de *democracia* y *relativismo* nos remite nuevamente a lo que ya hemos denominado como *democracia vacía*.

Lo cierto es que la *verdad*, que es la propiedad del juicio respecto al ser, no es algo *nominal* sino *real*; es decir, es la conformidad de lo dicho o sostenido con la realidad. Así, si lo real no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, las características de la verdad son: (i) que es *una*, debido al principio de no contradicción se da la imposibilidad de la doble verdad; (ii) que es *integral*, porque no existen grados en la verdad, aunque el acceso y la posesión de ella puedan ser graduales y perfectibles; y (iii) que es *inmutable*, debido a que no cambia, lo que cambia es su percepción y su ahondamiento.

En conclusión, si el diálogo es una de las principales herramientas que postula el sistema democrático, visto este como el rostro institucional del *relativismo*, termina por atentar contra sí mismo ya que, si no existe la verdad ni la justicia, ¿qué sentido tiene dialogar para buscarlas? Nótese que, implícitamente, una *democracia relativista* niega la necesidad de diálogo, pues —a su parecer— la verdad es inalcanzable. Cuando ello pasa, se cancela el diálogo y solo queda camino para la imposición; he ahí el peligro de esta concepción: los derechos humanos, al convertirlos en derechos fundamentales, quedan al capricho del legislador. Por ello es que:

... el relativismo encierra su propio dogmatismo: está tan seguro de sí mismo que debe ser impuesto a los que no lo comparten. Con una actitud así, al final resulta inevitable el cinismo [ya que si] la mayoría tiene siempre la razón, el derecho tendrá que ser pisoteado. Entonces lo único que cuenta, a fin de cuentas, es el poder del más fuerte [y no la fuerza de unos derechos humanos sustentados en la verdad, en la razón y en la naturaleza humana]. (Ratzinger, 2005b: 95)

---

## VI. LOS DERECHOS HUMANOS COMO NÓMINA ENUNCIATIVA; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO NÓMINA TAXATIVA: UN TERCER RIESGO

El tercer riesgo consiste en advertir que, dejando a los derechos fundamentales sin una justificación filosófica, indefectiblemente se genera la posibilidad de que ni todos los derechos fundamentales sean derechos humanos, ni todos los derechos humanos estén dentro del catálogo de derechos fundamentales.

De esta forma, este riesgo consiste en que, si el *constitucionalismo* es la doctrina que pretende limitar el poder a través del derecho (Pereira, 2005) y —*mutatis mutandi*— el *convencionalismo* sería la doctrina que pretende

limitar al poder, pero a través del respeto a los derechos humanos bajo el entendimiento de tales derechos solo como derechos fundamentales, estos quedarán necesariamente al arbitrio del legislador positivo —nacional o internacional— y, con ello, se generará nuevamente la paradoja que llevó a la crisis al Estado legislativo de derecho: ¿cómo limitar al poder a través del derecho si solo es derecho el creado por el propio poder? Es decir, ¿cómo lograr que el contenido (derechos fundamentales) limite al continente (Estado y poder)? Así, los derechos humanos en clave iuspositivista (léase derechos fundamentales) terminan por ser decretos de tolerancia revocables o, incluso, “derechos” o caprichos que filosóficamente carecen de todo sustento.

Para efectos de entender de mejor manera la diferencia conceptual sobre la que hemos estado reflexionando, resulta muy ilustrativa la discusión que se generaría a finales del siglo XVIII entre los padres fundadores del constitucionalismo norteamericano, respecto de la necesidad —decían unos— o irrelevancia —decían los otros— de la inclusión de un catálogo de derechos en el proyecto de Constitución de EE. UU. de 1787. Veamos.

Comencemos por advertir que las experiencias constitucionales norteamericana y francesa, si bien guardan comunes denominadores, como lo son las ideas que forman la esencia del constitucionalismo moderno —división de poderes y respeto a los derechos—, resulta paradójico el hecho de que en EE. UU. la Constitución de 1787 resultó ser un documento que fue aprobado sin incluir una declaración de estos últimos, es decir, nació siendo una Constitución exclusivamente orgánica. Por el contrario, Francia comenzaría su experiencia constitucional solo con una declaración de derechos —la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789—, es decir, una Constitución exclusivamente dogmática.

Esta diferencia en las experiencias constitucionales de EE. UU. y Francia deja ver que los dos grandes modelos de constitucionalismo que servirían para la configuración de todos los sistemas constitucionales posteriores serían el modelo norteamericano (que se funda en la idea de *common law* y de derecho no escrito) y el modelo europeo continental (que se funda en la idea de *civil law* y de derecho escrito).

En razón de ello, surge aquí una duda que resulta fundamental para la diferencia conceptual que estamos analizando: ¿por qué los primeros textos constitucionales no se ocuparon de realizar declaraciones de derechos, aun cuando se derivaron de revoluciones e independencias que buscaban,

precisamente, el respeto de tales derechos? No por nada, con un agudo sentido común, Pereira Menaut (2005) señala que

... para conocer la finalidad de la Constitución sería conveniente seguir el criterio de preguntárselo a los padres fundadores del constitucionalismo. ¿Por qué se movían las guerras y revoluciones en nombre de la Constitución? ¿Por qué decían 'Constitución o muerte sea nuestra divisa' los liberales románticos españoles?, –concluyendo el profesor español– Si pudieran respondernos nos dirían que, desde luego, no era un documento legal formalmente ordenado y fundamentador por el que aquellas gentes (ni creo que ninguna otra) daban incluso sus vidas. (pp. 25-26)

En suma, resulta paradójico que la doctrina del constitucionalismo se fundamente en el respeto a los derechos y que, sin embargo, las primeras Constituciones fueran omisas en establecer un catálogo a ese respecto. Para responder esta interrogante, consideramos que hay que apelar al debate suscitado entre *federalistas* y *antifederalistas*, una vez que la Convención de Filadelfia proyectó el texto original de la Constitución norteamericana de 1787.

Los federalistas, impulsando el texto proyectado, respondían a los argumentos de los antifederalistas, quienes no estaban de acuerdo con dicho texto y afirmaban que era una Constitución despótica debido a que no contenía una declaración de derechos, lo que generaría que el presidente se convirtiera en la práctica en un tirano. Cabe señalar que las ideas antifederalistas en torno a la falta de una declaración de derechos fueron lideradas por Thomas Jefferson, lo que no era casualidad, ya que había sido delegado de Virginia ante el Congreso Continental, colonia donde ya se había emitido la famosa Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, aunado a lo cual habría que considerar que había permanecido como embajador ante Francia de 1785 a 1789, por lo que tenía a flor de piel la influencia de la Revolución francesa y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Por su parte, Alexander Hamilton, líder de los Federalistas, al intentar erradicar la idea de incorporar a la recién proyectada Constitución norteamericana de 1787 una declaración de derechos, en *El Federalista n° 84*, argumentaba que en estricto rigor

... el pueblo no renunció a nada, y como retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular [...] las declaraciones de derechos en el sentido y amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no concedidos y por ello mismo

proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se están autorizados a efectuar? Por ejemplo: ¿para qué se afirma que la libertad de prensa no sufriría menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restricciones?

En suma, el argumento de Hamilton era que una declaración escrita podría dejar fuera otros derechos ahí no enunciados, aunado a que este ámbito era competencia de los estados miembros y no de la federación, razón de más para que la Constitución federal solo se encargara de las facultades que debían tener los poderes federales.

De esta forma, este punto de vista partía de dos ideas fundamentales: (i) el ser humano se reúne en sociedad por naturaleza, no por convención; y (ii) derivado de esa natural sociabilidad, el hombre posee ciertos derechos naturales que son irrenunciables y que no pueden ser objeto del pacto social. De esta forma, la visión en torno a la irrelevancia de una declaración de derechos se apega claramente a la filosofía política de Aristóteles y John Locke, es decir, lo que bien podríamos denominar un *contractualismo* de corte *iusnaturalista*.

Por su parte, el argumento antifederalista se hacía consistir, más bien, en ideas del *contractualismo hobbesiano* o *rousseauiano*, ya que expresaría que:

... es una verdad confirmada por la infalible experiencia de los siglos, que todo hombre y todo cuerpo de hombres al que se confiere un poder, siempre está dispuesto a aumentarlo y a superar todo aquello que se interponga en su camino. Esta disposición, inscrita en la naturaleza humana, llevará al cuerpo legislativo federal a menoscabar y, en último término, a anular la autoridad de los estados, y sin duda triunfará en tal empresa, dadas las ventajas con las que cuenta, si es que llega a prosperar el gobierno federal.

Aunado a ello, en otros fragmentos el antifederalista señalaría que:

... los gobernantes tienen las mismas inclinaciones que los demás hombres; es tan probable que usen el poder del que están investidos para sus fines privados y para dañar y oprimir a quienes se hallan bajo su mando como que los individuos se dañen y opriman entre sí en el estado de naturaleza [...] Por tanto, los principios en que se basa el contrato social deberían estar expuestos con claridad y precisión, y debería haberse efectuado la declaración de derechos más explícita y completa.

Luego, a consideración de Jefferson y los antifederalistas, era indiscutible la necesidad de un catálogo escrito que sirviera de límite al ejercicio del poder, debido a que, por un lado, los gobernados han renunciado a todos sus derechos y libertades por lo que es necesario que con posterioridad se

les otorguen, y por el otro, los gobernantes —por su misma naturaleza— abusarían del poder que tienen. Ahora bien, más allá de que el argumento antifederalista pudiera ser admisible atendiendo sobre todo a la última razón expuesta (el abuso de poder), lo trascendente para el análisis que estamos realizando tiene que ver con la posibilidad de identificar teóricamente la divergencia que existe entre las premisas filosóficas de los conceptos que estamos diferenciando.

Así, por ejemplo, mientras que el concepto de *derechos humanos* posee una íntima relación con la visión de los federalistas toda vez que, si tales derechos son aquellos sin los cuales no se puede vivir como ser humano, es evidente que resulta no solo innecesaria, sino hasta peligrosa una nómina de derechos; el concepto de *derechos fundamentales* coincide con la visión de los antifederalistas toda vez que los *derechos humanos*, como concepto abstracto, de poco sirven si no se han positivizado en un catálogo.

Es por ello que existen un sinnúmero de teóricos que, al considerar a los *derechos humanos* parte del derecho natural, consideran que la única forma de protegerlos es incorporarlos al derecho positivo. Lo cierto es que esta visión resulta a todas luces pragmática y hasta cierto punto peligrosa ya que, como lo hemos sostenido líneas arriba, deja sin fundamento *iusfilosófico* a lo que dice defender, y por ello deja a los *derechos humanos* al arbitrio del legislador positivo, sea este nacional o internacional.

Pero más allá de las ideas filosófico-antropológicas que subyacen en el debate, los antifederalistas terminaron por esgrimir un argumento jurídico sustentándose en el artículo 1º, novena sección de la Constitución norteamericana, la cual señala que:

#### Novena Sección

[...]

2. El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión.

3. No se aplicarán decretos de proscripción, ni leyes ex post facto.

[...]

8. Los Estados Unidos no concederán ningún título de nobleza y ninguna persona que ocupe un empleo remunerado u honorífico que dependa de ellos aceptará ningún regalo, emolumento, empleo o título, sea de la clase que fuere, de cualquier monarca, príncipe o Estado extranjero, sin consentimiento del Congreso.

De tal cláusula constitucional argumentarían que:

... en la novena sección del primer artículo declarado, –encontramos– que el procedimiento de habeas corpus no podrá ser suspendido, excepto en casos de rebelión –que ninguna pena de ejecución legislativa, o ley retroactiva, será aprobada– que ningún título de nobleza se otorgará en los Estados Unidos, etc. Si todo lo que no se otorga [en la Constitución federal] queda reservado [a los Estados], ¿cuál es el propósito de estas excepciones? ¿Otorga esta Constitución en alguna parte el poder de suspender el procedimiento de habeas corpus, de crear leyes retroactivas, o de otorgar títulos nobiliarios? Ciertamente no lo hace de forma expresa. La única respuesta que puede darse es que éstos se encuentran implícitos en los poderes generales otorgados. Con igual certeza se puede decir, que todos los poderes contra cuyo abuso la carta de derechos protege se encuentran contenidos o implícitos en los poderes generales otorgados por la Constitución [a los poderes federales].

Es por ello que los propios integrantes de la Convención de Filadelfia, federalistas y antifederalistas, prometieron expedir, una vez que se reuniera el primer congreso electo conforme a la nueva Constitución, una declaración de derechos, que fue, precisamente, la *Bill of Rights*, integrada por las primeras diez enmiendas, sancionada en 1791 (apenas tres años después de la ratificación de la Constitución de 1787). Este compromiso entre federalistas y antifederalistas, al que la historia ubica con el nombre de *Compromiso de Massachusetts de 1788*, le dio viabilidad a la nueva Constitución, sobre todo ante las posiciones más enérgicas que incluso condicionaban la firma de la misma a que se incluyera una Carta de Derechos. De hecho, en el preámbulo de tal *Bill of Rights* se señalaría que:

LAS CONVENCIONES de algunos de los Estados, habiendo expresado en el momento de adoptar la Constitución el deseo de que, para prevenir la mala interpretación o el abuso de sus facultades, se agreguen ciertas cláusulas declaratorias y restrictivas: y a fin de ampliar las bases de la confianza pública en el Gobierno, como mejor se garanticen los propósitos beneficiosos de su institución, resolvieron por medio del Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, en una reunión del Congreso a la cual concurrieron dos terceras partes de ambas Cámaras, que los siguientes artículos fueran propuestos a las Asambleas Legislativas de los diferentes Estados como enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, considerando que todos o cualquiera de sus artículos, una vez ratificados por tres cuartas partes de las susodichas Asambleas Legislativas, serán válidos para todos los fines y propósitos, como parte de dicha Constitución; a saber artículos que, en adición y enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, fueron propuestos por el Congreso y ratificados por las Asambleas Legislativas de los distintos Estados, de conformidad con el quinto artículo de la Constitución original.

Así, el debate entre federalistas y antifederalistas se resolvió aprobando la novena y décima enmiendas, cuyo contenido fue el siguiente:

#### ENMIENDA IX

No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.

[Atiende el argumento del federalista]

#### ENMIENDA X

Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, queda reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.

[Atiende el argumento del antifederalista]

Como puede observarse, el debate entre *federalistas* y *antifederalistas* resulta ilustrativo de lo que implica elegir conceptualmente la nomenclatura de los derechos, debate que, dicho sea de paso, se ha decantado a favor de los derechos humanos. No es casualidad que los principales tratados internacionales en la materia, como lo es la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, incluyan principios de interpretación y argumentación que postulen, precisamente, el pensamiento del *federalista*, al señalar que:

Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a)...

b)...

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

No obstante que vemos en el derecho internacional de los derechos humanos principios tan importantes como el transcrito, se ha generado un movimiento sobre el que vale la pena reflexionar ya que, aun cuando se sostenga que las nóminas de derechos humanos son solo enunciativas, en el desarrollo de tal ámbito internacional se encuentra latente la tentación de ser exhaustivos en la enunciación de los derechos. Esto, aunado a la falta de fundamentación filosófica de los derechos fundamentales, que ha traído consigo el cuarto riesgo al que nos referiremos. Veamos.



## VII. LOS DERECHOS HUMANOS COMO ÁMBITO ESPECIALIZADO; LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LA PULVERIZACIÓN DE LOS DERECHOS: UN CUARTO RIESGO

El cuarto riesgo resulta ciertamente sencillo de explicar. La idea de privar de fundamento a los derechos fundamentales ha ido generando un efecto nocivo para los mismos. Nos referimos al tránsito de la especialización a la pulverización que ha comenzado a generarse con los derechos fundamentales, que no con los derechos humanos. Veamos.

De acuerdo con Norberto Bobbio, los derechos humanos han atendido a un proceso que pasa por lo siguiente: (a) positivización, (b) generalización, (c) internacionalización y (d) especialización.

Esta última fase del proceso (la especialización) resulta ser un paso que no puede ser calificado como negativo *per se*; no obstante, consideramos que sí debe ser tomado con reservas ya que hoy, para ser sujeto titular de derechos fundamentales, ya no solo se requiere participar de la naturaleza y dignidad humana, sino que se requiere, además, ser niño, anciano, discapacitado, mujer, homosexual, bisexual, etcétera. Es decir que, lejos de generar un proceso de especialización, se comienza a generar un efecto de pulverización de los derechos fundamentales —no necesariamente derechos humanos—, y con ello a desvincularseles de su fundamento filosófico. El riesgo es muy fácil de entender si recordamos que los derechos fundamentales pueden llegar a ser un mero constructo político de las mayorías. Y para muestra de tal riesgo consistente en la pulverización de los derechos, veamos lo siguiente.

Durante el proceso constituyente, que culminó con la aprobación de la Constitución ecuatoriana de 2008, María Soledad Vela, legisladora por el partido en el gobierno, propuso que el derecho de las mujeres a la felicidad sexual fuera garantizado por la carta magna de aquel país. La reacción no se hizo esperar, ya que un miembro de la oposición en la Asamblea Constituyente, Leonardo Viteri, llegó a acusarla de intentar decretar los orgasmos por ley. Otro calificó la propuesta de ridícula y sostuvo que un tema tan íntimo debería quedar en el ámbito privado y no ser garantizado por la legislación (Schweimler, BBC News, 2019).

Más allá de lo que se pueda afirmar en torno a la postulación de ese pseudoderecho, lo que parece evidente es que, al pretender su reconocimiento en una Constitución, su protección y garantía implicarían

irremediablemente la violación a la intimidad de las personas, lo que deja ver la falta de fundamentación filosófica en la construcción —que no descubrimiento— de pseudoderechos como el mencionado. No se omite señalar que la propuesta de María Soledad Vela no prosperó, debido a que una cosa es que las Constituciones y tratados internacionales reconozcan el derecho a la procreación, es decir, a determinar el número y espaciamiento de los hijos, y otra muy diferente es que quiera garantizarse que en el ejercicio de ese derecho la mujer —o el hombre— deban sentir placer. Pensar el derecho de esta manera nos llevaría a absurdos como la postulación no solo del derecho a la alimentación, sino incluso hablar del “derecho a comer deliciosamente”.

Este tipo de cuestiones hace advertir —afirma Francisco Laporta— un peligro que debe analizarse a la luz de una de las características de los derechos humanos: su universalidad. Es por ello que el profesor español señala que:

... para pensar en un estado de cosas que pueda ser predicado de todos y cada uno de los miembros de la clase «ser humano» es forzoso hacer abstracción de los rasgos experimentales o de los contextos vitales concretos de los miembros individuales de esa clase, pues de lo contrario sería imposible pensar que tal estado de cosas es realmente «universal», [siendo necesario con ello] diseñar los derechos en términos de una gran abstracción, porque un catálogo excesivamente minucioso y concreto corre el peligro inmediato de ser inaplicable en determinados contextos culturales. (Laporta, 1987: 34)

---

## VIII. CONCLUSIÓN

En definitiva, después del análisis de los cuatro riesgos que hemos abordado, consideramos que debemos arribar a las siguientes conclusiones: (i) la elección en cuanto a la utilización de los conceptos *derechos humanos* o *derechos fundamentales* lleva en sí la elección de un paradigma jurídico, una toma de postura, y (ii) el concepto que se considera más adecuado es el de *derechos humanos*, no por capricho sino porque, en la medida de que seamos conscientes que tales derechos son realidades que deben ser reconocidas debido a que poseen un fundamento antropológico objetivo, necesariamente llegaremos a la conclusión de que existen desde siempre y afloran de un proceso de reflexión filosófica generalmente frente al sufrimiento y a la injusticia. Esta visión solo es posible a la luz del *realismo jurídico clásico*.

Por todo lo antes dicho, resulta evidente que la utilización de los conceptos analizados no es inofensiva; por el contrario, el manejo de uno o de otro implica una toma de postura de profundas magnitudes. Lo que busca este análisis no es otra cosa sino advertir al operador jurídico de la importancia de reflexionar sobre esta diferencia conceptual. En lo personal, me arriesgo a que el derecho recobre la objetividad que ha perdido. Al final, de eso se trata la apuesta por el *realismo jurídico clásico*: de tomar una postura en beneficio de todos.

---

## IX. FUENTES DE CONSULTA

- Acuña Roldán, J. M. (2014). “Democracia y derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales*. México: UNAM.
- Aguirre Román, J. O. (2008). “La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”. *Opinión Jurídica*, vol.7, n.13, pp.139-162, Colombia.
- Ansuátegui Roig, F.J. (2003). “Derechos, constitución y democracia”. En J. M. Pérez-Prendes *et al.* (comps.), *Derechos y libertades en la Historia*. España: Universidad de Valladolid.
- Aparisi Millares, Á. (2006). *Ética y deontología para juristas*. Madrid: Eunsa.
- Aragón, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. México: UNAM.
- Aristóteles (1998). *La política*. México: Porrúa.
- Bastida Freijedo, F. J. (2005). *El fundamento de los derechos fundamentales*. España. Universidad de La Rioja.
- Benedicto XVI (2009). Carta Enc. *Caritas in Veritate*. Ciudad del Vaticano.
- Carbonell, M. (2005). *Los derechos fundamentales en México*. México: Porrúa.
- Colomer Viadel, A. (2015). “Democracia, Constitución, derechos humanos, regímenes políticos e integración en América Latina. Una perspectiva comparada”. En Miguel Carbonell *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpi- zo*. México: UNAM.
- Dabin, J. (2003). *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*. México: UNAM.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law & Natural Rights*. United States: Oxford University Press.

- Forero Forero, C. H. (2004). “Derecho natural: verdadero derecho para el realismo jurídico clásico”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. España.
- Goñi Zubieta, C. (2003). *Recuerda que eres hombre*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta.
- Haro Reyes, D. J. (2010). “Introducción”. En Luis Díaz Müller, (coord.). *Estado de derecho, derechos humanos y democracia*. México: UNAM.
- Hervada, J. (1988). “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”. En *Persona y Derecho*. España: Universidad de Navarra.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. México: FCE.
- Innerarity, D. (1990). *Dialéctica de la modernidad*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Kuhn, T. S. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE.
- Laporta, F. (1987). “Sobre el concepto de derechos humanos”. *Doxa*, 4, pp. 23-46, España.
- Locke, J. (1821). *Tratado del gobierno civil*. España: Imprenta de la Minerva Española.
- Lucas Lucas, R. (2010). *Horizonte vertical. Sentido y significado de la persona humana*. Madrid: BAC.
- Morineau, M. (2001). *Una introducción al Common Law*. México: UNAM.
- Nubiola, J. (2000). *El taller de la filosofía. Una introducción a la escritura filosófica*. España: Ediciones Universidad de Navarra.
- Pereira Menaut, A. C. (2005). *Lecciones de teoría constitucional*. México: Porrúa-Universidad Panamericana.
- Platas Pacheco, M. C. (2011). *Filosofía jurídica. Lógica jurídica*. México: Porrúa.
- Pozzolo, S. (2006). “Un constitucionalismo ambiguo”. En Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Ratzinger, J. (2005a). *Fe, verdad y tolerancia: el cristianismo y las religiones del mundo*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Ratzinger, J. (2005b). *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*. Madrid. Ediciones Rialp.
- Rodríguez Ortega, J. A. (2010). “Constitución, democracia y garantismo en los derechos humanos. Una propuesta de marco conceptual para la maestría en Derecho”. *Criterio jurídico garantista*. Colombia: Universidad Autónoma de Colombia.
- Rousseau, J. J. (1832). *El contrato social*. Londres: S.E.
- Solar Cayón, J. I. (2012). “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid: Universidad Carlos III.

- Schweimler, Daniel (2008), “Ecuador: orgasmo por ley”, BBC News, América del Sur, 04 de mayo de 2008, <[http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid\\_7383000/7383220.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_7383000/7383220.stm)>, (23 de diciembre de 2019)
- Vigo, R. L. (2012). “Derecho y moral en el Estado de derecho constitucional proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico”. *Prudentia Iuris*. Argentina: Pontificia Universidad Católica.
- Vigo, R. L. (2003). *De la ley al derecho*. México: Porrúa.
- Villoro Toranzo, M. (1988). “El realismo jurídico escandinavo”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México: IBERO.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

