



# EL FENÓMENO DE LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN PROCESO HISTÓRICO, JURÍDICO Y DIALÉCTICO<sup>1</sup>

GUSTAVO JACCOTTET FREITAS\*

## Resumen

El proceso de adquisición de derechos es un fenómeno que pasa por diversas fases y puede ser explicado de distintas maneras. Para el ensayo, elegimos abordar los puntos de vista de la historia, de la dialéctica (fuente metodológica de la filosofía) y del derecho bajo el proceso de crecimiento de demandas sociales, de rechazo del retroceso y del uso de los derechos humanos como medios idóneos de justificación del Estado de Derecho a partir de la teoría Garantista, de Ferrajoli, con la inserción de los derechos humanos en la llamada esfera del indecible. Para tanto, hace menester viajar por diversas corrientes filosóficas. Preferimos el positivismo de Kant para ligar el moderno al derecho natural, así como el marxismo para contraponer la dialéctica hegeliana y, al mismo tiempo, explicar el fenómeno de los derechos como un proceso histórico. Al final, el enfoque jurídico busca ligar todos los hechos verificados y poner los Derechos Humanos como la piedra angular del Estado de Derecho. Para tanto, creemos que el garantismo, por ser aparentemente híbrido, es la mejor alternativa para solucionar el problema que causa tanta inquietud.

**Palabras clave:** historia, dialéctica, garantismo, Estado de Derecho, adquisición de derechos, punto de vista jurídico.

## Abstract

*The process of acquisition of rights is a phenomenon that goes through various stages and can be explained by different ways. For this paper, we chose to talk about the different views of history, dialectics (methodological source of philosophy) and the right under the process of growing social demands, rejection of the reverse and the use of human rights as the best means to justify the rule of law from theory under the ideas by Ferrajoli, with the inclusion of human rights in the sphere called undecidable. For that, various philosophical currents should be included. Kant's positivism is preferred to bind the modern to the natural*

1 Todas las citas directas y textuales, sean cortas o largas, de obras en lengua portuguesa fueron traducidas libremente al castellano.

\* Brasileño, abogado en la ciudad de Pelotas, Porto Alegre y San Pablo, Brasil, estudiante del programa de Maestría en Derechos Humanos y Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Uruguay, autor de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas y en periódicos regionales.

right, and to oppose Marxism and the Hegelian dialectic, while explaining the phenomenon of rights as a historical process. In the end, the legal approach seeks to link all the facts verified and put human rights as the cornerstone of the rule of law. For that, we believe that the Guarantor, being apparently hybrid, is the best alternative to solve the problem that causes so much concern.

**Keywords:** history, dialectics, guarantee theory, rule of law, external point of view, the point of view by the law.

### Consideraciones preliminares

No existe nada que sea capaz de probar que los derechos humanos, como creaciones desplegadas en el período del Iluminismo, son una construcción que deba ser atribuida exclusivamente a la clase burguesa, por el contrario, los derechos humanos son revelaciones, *a priori*, de los griegos, a partir de las deducciones racionales de la *lex naturae*.

El núcleo del debate, que se desarrolla versa sobre los derechos humanos como un objeto de adquisición, es decir, a partir de doctrinas diversas, hace que se cuestione si tenemos derechos de dónde provienen y cuáles son las formas más comunes de justificación para la búsqueda de los derechos. Por fin, cuáles son las funciones que los derechos ejercen sobre el Estado de Derecho.

La propiedad privada es un hecho de creación burguesa y adscripta, en primer lugar, y positivada, en segundo lugar, bajo el proceso de la Revolución Industrial, lo que generó el proceso de socialización del derecho. Antes, eran deducidos, contados por decanos de las *gens* y pasados de generación en generación. Hoy, están presentes en textos constitucionales, convenios y demás documentos.

La propiedad privada merece ser señalada. Sus medios de protección habrán de ser criticados de forma incisiva por muchos teóricos, ya que las declaraciones burguesas la garantizaban como un derecho fundamental. La propiedad privada era la clave maestra de la libertad para los burgueses. Es comprensible que ellos temían el retroceso al Feudalismo, pero nada mencionaban sobre la igualdad u otros medios de protección para aquellos que no tenían pose sobre las tierras, es decir, los serviciales.

Los Derechos Humanos son un fenómeno de múltiples facetas, con un proceso de afirmación histórico largo, suelto en el espacio y en el tiempo, con una característica esencial: hoy, los derechos humanos tienen la función principal de justificar el Estado de Derecho<sup>2</sup> y sus instituciones asociadas.

Lo que se tiene por concreto acerca de la afirmación histórica de los derechos humanos está en las bases de las declaraciones de derechos rudimentales que despacio ganaron mejores grados de tecnicidad, hasta las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos.

2 El Estado de Derecho sería, a los ojos de los iluministas y de los hegelianos, una forma más compleja de sociedad civil. La sociedad civil hegeliana solamente tenía un fundamento: el poder de gobernar a los demás. No contemplaba derechos y deberes como el Estado de Derecho de hoy es obligado a garantizar.

A los derechos individuales se agregó un catálogo de derechos sociales, lo que se entiende por derechos humanos, todavía, pasa a ser contemporáneo con en final de la Segunda Guerra y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todas de 1948.

Desde el punto de vista técnico, las cartas forales y los documentos anteriores a 1948 no contienen el primado de los derechos humanos, es decir, lo que Alexy menciona como la necesidad de garantía a la dignidad de la persona humana (Alexy, 1993: 493).

El problema no era la manera de redacción ni los derechos enunciados, sino a quien estaban dirigidos los derechos, es decir, no había la persona humana como hoy. La discusión no era exclusiva a los derechos humanos, sino del derecho en común.

La Décima Tercera Enmienda a la Constitución de los EE.UU., la Constitución Mexicana de 1917 y la interpretación de la Décima Cuarta Enmienda a la Constitución de los EE.UU., en 1954, son marcos fundamentales a la afirmación de los derechos humanos.

El control de los señores sobre los siervos, y sobre la producción de las leyes, es bien narrado por E. P. Thompson: "(...) ciertamente tuve la idea de mostrar, en desarrollo de la Ley Negra, una expresión de ascendencia de una oligarquía Whig, que crió nuevas leyes y destorcó antiguas formas legales, a fin de legitimar su propiedad y status propios" (Thompson, 1989: 351).

Las leyes forales solo beneficiaban a sus creadores, la propia Carta Magna desguarneció los demás y benefició algunos barones ingleses. Thompson se refería a las leyes creadas para beneficiar los detentores de las tierras inglesas, como en la cita arriba de la obra "Señores y Cazadores".

La "Ley Negra" de E. P. Thompson no pasa más allá de las páginas de los libros de historia, sin embargo aún existen muchas Leyes Negras, tal cual criticadas por Thompson, ya que hay una tendencia bastante amplia en amparar algunos grupos frente a otros.

Las palabras de Thompson<sup>3</sup> son vinculadas con otras teorías cuando el tema es afecto a los derechos sociales, Alexy, todavía, los llama de derechos a prestación en sentido estricto y genera la preocupación de poner estos derechos como normas jurídicas formalizadas en reglas o principios.

El proceso de reducción de la cuestión de la propiedad privada a la llamada constitución económica pasa por las jornadas de trabajo de más de doce horas, de mujeres y niños.

No hay un consenso acerca de que los derechos sociales son originados solamente de demandas sociales y de movimientos teóricos liderados, en especial, por los radicales hegelianos (que en el futuro cambiaron para el socialismo, abandonando la dialéctica), dentro de los cuales se destacan Carlos Marx y Engels, con sus famosas obras *El Capital*,

3 Eric Hobsbawm también comparte algunos puntos semejantes a Thompson.

## El manifiesto de Partido Comunista y La Cuestión Judía.

La separación entre derecho y moral, así como otras garantías fundamentales, permite comprender mejor el punto exacto en que los derechos se fijan y cuales son los requisitos para que las disposiciones previstas en la ley sean eficaces.

La personalidad humana es el objetivo común de todas las teorías que existen sobre derechos y deberes del ser humano, es decir, la razón de su existencia, ocupando un espacio en el mundo de los hechos, logrando desear, amar, trabajar y, por la fuerza del egoísmo, tener en sus manos el poder de destruir a su propia especie.

El preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, considera que la persona humana, desde su nacimiento, es libre y poseedor de dignidad y derechos. Otros convenios así lo hacen, pero no de manera tan explícita, ni una raíz filosófica tan fuerte como el documento americano.

Al mencionar la existencia como finalidad máxima del ser humano, la declaración pone frente al derecho el ideal filosófico de que los menesteres humanos son destinados primeramente a valores, para adelante, cumplir con las disposiciones legales.

Se puede concluir que el preámbulo de la declaración tiene una índole kantiana, es decir, antes filosófica que jurídica, lo que se presenta como el primer punto de debate: los derechos humanos son creaciones o revelaciones de matices filosóficos iniciadas por los griegos,

desarrolladas por Santo Tomás de Aquino y por la Escuela del Derecho Natural hasta cuando Kant vaticina que hay dos tipos de derechos: los natos y los innatos.

La contribución de Kant permitió la comprensión de la manera de justificar si tenemos o no tenemos derechos, ya que si no tenemos derechos no tiene sentido alguno desarrollar los debates sobre generaciones de derechos, sus garantías y sus límites.

Con el reconocimiento de que no todos los derechos surgen con la simple existencia del ser humano, es decir, van siendo adquiridos con el pasar de los años, los derechos humanos ganan su característica primordial: son derechos que requieren el *status* positivo, lo que hoy se presenta en los convenios y constituciones.

El segundo punto que ha de ser desarrollado es la esfera jurídica, la inexistencia de *jus cogens* de los derechos sociales y la primacía de los derechos individuales sobre los derechos sociales. Los debates jurídicos incluyen, también, las críticas de Carlos Marx sobre el materialismo histórico y el desarrollo del materialismo dialéctico, cuando los derechos pasan a ser ajenos a la burguesía.

La búsqueda por derechos, al llegar al campo social gane ya mencionado carácter económico, lo que atribuye fuerza a instituciones como la Santa Sede.

Los marxistas incentivan la demanda por prestaciones positivas del Estado, bajo el deber de proveer a las personas las condiciones mínimas para el goce de sus derechos garantizados por los

convenios. El tercer punto a ser manejado, es el derecho como un fenómeno histórico.

El avance de los derechos sociales no acompañó la implementación de los derechos individuales, básicamente conocidos como derechos de libertad, que tenían en la propiedad privada su gran punto de sustentación:

La enunciación constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, todavía, no fue acompañada pelo desarrollo de *garantías sociales* o *positivas*, esto es, de técnicas de defensa y posibilidad de veneren a ser deducidas en el judiciary comparables aquellas presentadas por parte de las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad (Ferrajoli, 2006: 692).

Así el proceso de comprensión de los derechos se desarrolla, pasando por diversas escuelas filosóficas. Por ahora, nuestro punto será fijado en la justificación de por qué tenemos derechos a partir de la doctrina kantiana.

### La doctrina de Kant

Kant no se quedó en el estudio de la dialéctica. Fue el gran filósofo de la humanidad, desde Aristóteles, portener una preocupación de introducir sus ideas acerca de la razón y la moral.

Kant así define, de manera inicial, lo que entiende por derechos: “Es la doctrina del derecho (*ius*) la junción de aquellas leyes para las cuales es posible una vinculación entre la persona y el Estado

de Derecho. Si hay realmente una tal legislación, es la doctrina del derecho positivo (Kant, 2003: 75)”.

Los derechos tienen que ser positivados, insertos en un rol de leyes y complementados por una doctrina del derecho que contemple la ligación de los derechos con la existencia de mecanismos de reconocimiento de derechos natos y de derechos innatos, lo que es, a pesar de rudimentario, interesante para entender el porqué las primeras declaraciones de derechos coexistirán tan estrechas a la libertad del ser humano.

Kant respalda su tesis en el derecho natural, al argumentar que existen leyes, todavía solo una, aquella que garantizaba la libertad del hombre la ley innata. Para otros hay muchas variaciones, derivadas del derecho natural, no creadas, sino reveladas, pero no tuvieron mucha atención de Kant, así solo existía un derecho innato: la libertad del ser humano.

La visión acerca de los derechos, hecha por Kant, no llega a lo que pensamos sobre derechos natos o innatos como dos lados de la misma moneda, ya que muchos de los teóricos de los derechos humanos consideran que hay una gran cantidad de derechos innatos, no solo restringidos a la libertad y creen solo en el derecho natural, como hay otros que rechazan el derecho natural.

Por ahora, el foco está en las palabras de Kant, *in verbis*:

La libertad (la independencia de ser molestado por la escolla ajena), en la medida en que puede coexistir con la

libertad de todos los demás de acuerdo con una ley universal, es el único derecho original que corresponde a todos los hombres en virtud de la humanidad de estos. Este principio de libertad innata implica las siguientes competencias, que no son realmente distintas de ella (como se fuesen integrantes de la división de alguno concepto superior de derecho): igualdad innata, es decir, independencia de ser obligado por otros a más de lo que se puede, por su vez, obligar a los demás; de ahí una calidad del hombre de ser su propio señor (*sui juris*), así como ser irreprochable (*iusti*), ya que, antes de realizar cualquier hecho que afecte a los derechos, no causó daño a ninguno otro más; y, finalmente, hay una autorización de hacer contra los otros cualquier cosa que en sí misma no comprima lo que lo es de ellos, en cuanto no quisieren reconócelo – cosas como meramente comunicar sus ideas a ellos, al decir o prometer algo, quiere que lo que lo diga sea verdadero y sincero o el contrario [...], ya que cabe a todos los demás creer en el o no. (Kant, 2003: 84).

Kant trata los derechos como una fundamentación positiva y arraigada a valores que comprenden la libertad de la persona para hacer todo, hasta el límite de la libertad del vecino. No hay un consenso sobre cuáles son las calidades necesarias para que los derechos de este vecino sean respetadas, pero es la fundamentación de los derechos a partir de la razón y de la moral, es un punto de partida hasta las construcciones modernas de los derechos, hasta la total separación entre derecho y moral.

Es importante señalar que la libertad es el único punto tratado por Kant que sale fuera de su concepción positivista. Al considerar que existe un derecho innato, Kant reflexiona la existencia de derechos anteriores a la creación del individuo, derechos innatos y, por supuesto, naturales, que no son adquiridos, sino reconocidos o revelados. Por tanto, Kant no objeta la ley como fuente fundamental de los derechos.

La realidad de los derechos, para Kant, era que la libertad podría ser tan amplia que el “[...] hombre está destinado al infinito” (Reale; Antiseri, 1991: 932).

La filosofía de Kant es justamente el apogeo del Iluminismo por ser capaz de tener por base, aunque de manera bastante restricta a los estamentos, que las necesidades humanas son ilimitadas y que solo garantizar la libertad no es bastante para satisfacer a las necesidades que él entendía existir.

Son necesarios catálogos escritos, capaces de otorgar al individuo el derecho de exigir del tercero, el ejercicio de un determinado comportamiento. Kant fundamenta la existencia del deber ser, de un operador deontológico, no necesariamente finalista, sino intermedia entre el individuo y el Estado, pasando por la ley.

### La dialéctica kantiana

Kant no desarrolló la dialéctica, como ha hecho Hegel. Su dialéctica es negativa, no necesitaba de un cambio fenoménico. Kant propone que el proceso dialéctico no pasaba de la lógica

de la apariencia, sin profundizar los contenidos, generando nuevas dudas en lugar de soluciones.

Creía que la dialéctica era un arte de los sofistas, capaz de traer a la propia ignorancia o a las ilusiones voluntarias, las matices de la verdad, coloreando un mundo que de todos modos solo procede el vacío.

La contribución kantiana consiste en que sí somos capaces de adquirir derechos, pero que la libertad no es adquirida, ya que intacta, hace parte de la razón, de la descubierta de la identidad humana, que con el desarrollo de leyes universales lleva al imperativo categórico.

El proceso marxista en contraposición al proceso liberal: la dialéctica como fuente de afirmación de los derechos humanos bajo el punto de vista económico, social y cultural

La dialéctica es el medio común de la filosofía para justificar determinados temas. Hegel fue el padre de la dialéctica contemporánea, pero, dada su gran repercusión, ganó muchos críticos, dentro de ellos, Carlos Marx y otros. Conocidos mundialmente como los miembros izquierda hegeliana, donde señalamos a Saint-Simon y Fourier, surgió el rótulo del socialismo como utopía, al contrario:

Lenin escribió que “el marxismo es el legítimo sucesor de la totalidad de lo que la humanidad creó en el siglo XIX: la filosofía alemana, la economía política inglesa y el socialismo francés”. Esto “socialismo francés” es aquello que, con o sin razón, pasó a ser llamado de

socialismo utópico y que relaciona como sus precursores Saint-Simon, Fourier y Proudhon (Reale; Antiseri, 1991: 174).

El pensamiento de Marx se fundó como una verdadera crítica a Hegel, matizó aun con la economía clásica, con la izquierda hegeliana y con las obras de los demás socialistas del período, pero la temática de las condiciones materiales de vida ganó el espacio debido.

Condiciones materiales de vida son, tanto para Marx como para Bobbio y Ferrajoli, presupuestos fundamentales para el goce de los derechos. A pesar de no compartir, en lo más mínimo la tesis, en la misma forma de gobierno, la idea de Marx se aproxima mucho de lo que Ferrajoli hoy llama la “esfera del Indecidible”, donde se ubican derechos y deberes que son intangibles.

Marx critica a Hegel por el hecho de que el patriarca de la dialéctica moderna interpreta el mundo al contrario. Por tanto, Marx endemonia, de manera inaplazable, la dialéctica hegeliana:

Hegel raciocina como se las instituciones existentes, como, *v.g.*, la herencia, derivasen de puras necesidades racionales, legitimando así la orden existente como inmutable. La realidad es, para Marx, Hegel cambia en verdades filosóficas datos que son puros hechos históricos y empíricos (Reale; Antiseri, 1991:186).

No hay como poner en el contexto presentado por Hegel la situación económica como fuente de contraposición de derechos y deberes. La búsqueda,



y posterior justificación de derechos y deberes, pasa, necesariamente, por los presupuestos materiales de goce de prerrogativas específicas.

Marx pone la espada contra Hegel y lo acusa de subordinar la sociedad civil al Estado y, posteriormente, cambiar el sujeto y el predicado de las relaciones jurídicas fundadas por las instituciones jurídicas vigentes.

Los seres humanos son sujetos reales, no ideales, por tanto dialogan de hecho, no de manera ideal, poniendo la religión como el opio del pueblo<sup>4</sup>:

El fundamento de la crítica irreligiosa es: el hombre hace la religión; la religión es la conciencia de sí mismo del hombre que se ha encontrado o que ya ha vuelto a perderse. Pero el hombre no es un ser abstracto, agazapado fuera del mundo. El hombre es el mundo de los hombres, el Estado, la sociedad. Este estado, esta sociedad producen la religión (Marx, 1976: 13).

Marx explica que la religión no es fuente, sino algo instintivo y resultado de un cosmos existente que crea amarguras y falta de idealismo. Este reflejo ilusorio forma en sí un subterfugio que compensa una ilusión de que los males de esta realidad, hostil al ser humano han de ser curados con la doctrina religiosa. Como vemos, la detallada dicción no comprende un tratamiento peyorativo respecto a

4 Parece que no se puede aceptar la idea de Marx de que la religión es el “opio del pueblo”. El marxismo confundió una organización eclesiástica, la Santa Sede, con toda la creencia que existe bajo muchas religiones que hay. Marx creó un hecho histórico que jamás existió.

la religión ni a sus creyentes, como algunos de uno y otro bando pretenden hacer creer, sino marca la posición clara de Marx sobre el papel de la religión en el campo de la formación de los derechos<sup>5</sup>.

Para los críticos de Marx, el hombre no puede vivir sin fe, sin creencias. La fe crea en el individuo una sensación de conocimiento, control y dominio de un amplio conjunto de fenómenos de la realidad natural y social con la cual interactúa; fenómenos que, por el carácter autónomo, cambiante y objetivo que poseen, no pueden en realidad ser conocidos a priori en su comportamiento o dominar.

### La contraposición dialéctica

Marx funda, así, su manera de utilizar la dialéctica, y la bautiza de materialismo dialéctico. Antes de existir cualquier preocupación con los fines del debate, se pone el problema económico<sup>6</sup> antes que todo, la colocación del trabajo en primero plano, antes de la praxis.

El materialismo dialéctico brota para recrear la dialéctica hegeliana, tan criticada por Marx por generar un aislamiento del individuo y por considerar que en el campo del trabajo, el servicial fuese incapaz de buscar su ser a partir de una consciencia colectiva.

5 Observamos, en primer lugar, que Marx se refiere a una religión que justifica y santifica las calamidades e injusticias que padece el pueblo, que predica el conformismo y la resignación como la única solución posible a esta situación: la religión al servicio de los intereses políticos de los explotadores que él conoció.

6 Por problema económico debemos comprender como condición social de los operarios (no burgueses), víctimas de la voracidad del poder capitalista surgido con la Revolución Industrial.



El servicial hegeliano jamás tendría como cambiar su situación social, permanecería para todo siempre bajo los pies de los señores burgueses. Para justificar tal inercia, Hegel enunció diversos motivos, pero el principal es el supuesto hecho de que el servicial considera al señor como un ser superior, que determina la consciencia-para-sí.

Hegel pronosticaba que la autoconsciencia era postulado del ser, y que tal autoconsciencia sería fundada en una relación de sumisión al detentor de los medios de producción, con la metáfora de la relación dialéctica del siervo y del señor.

En su experimento de manifestar la dialéctica del logos y el universo fenoménico, Hegel no emplea el término ser de manera particular.

El discernimiento de la coincidencia de la identidad y la diferencia, es decir, el conocimiento absoluto es, para Hegel, el conocimiento del mundo histórico, de la médula central de la sociedad.

Hay obviamente identificaciones y predicaciones elementales, que cotidianamente orientan la realización de tareas y los intentos de sortear obstáculos. Precisamente porque son constitutivos de nuestras experiencias comunes y forman parte de la historia del pensamiento, los usos habituales del verbo ser no son falsos, fantasmales o carentes de sentido. Pero la ciencia, bajo una acepción amplia del término, presupone que los usos lingüísticos fincados en el sentido común no son incuestionables.

Cabe remarcar de paso, con miras a algunas ideas que elaboraré hacia el final del presente trabajo, que lo que ha venido a llamarse crítica a la ideología tiene sus raíces en la distinción hegeliana entre lo que las cosas son en sí, lo que son para sí y lo que son para el conocimiento filosófico.

Fundada en el trinomio de la persona, capital y trabajo, Hegel creía que su dialéctica era capaz de crear una razón casi matemática para la explicación de los fenómenos surgidos en el campo de los derechos individuales, pero que era incapaz de generar el desarrollo del debate sobre las condiciones sociales del campo laboral.

Hegel no profesaba caminos alternativos para su filosofía, trabajaba siempre en la búsqueda de un objetivo, cuya plena comprensión solo ocurre andando en el camino concreto del desarrollo del sistema hasta su conclusión, alcanzar siempre los caminos hasta el punto final.

Hegel desarrolló la llamada fenomenología del espíritu como una idea para establecer un sistema de ideas que tiene grados específicos, del más bajo hasta los niveles más elevados. El campo laboral es tratado en un grado intermedio. Hegel no colocó la relación de trabajo en el más alto nivel de su fenomenología, que es vista como una relación dialéctica con dos actores fijos y tres elementos. Los actores son el señor y el siervo y los elementos son el ser humano, el capital y la fuerza de trabajo.

Al poner su fuerza de trabajo en el campo laboral, el operario empieza la búsqueda por su autoconsciencia, ya que

siempre defendió la existencia de una independencia y dependencia de autoconsciencia sobre sí mismo, es decir, la idea del señor sobre sí mismo y la idea del siervo sobre sí mismo, sin agentes externos, sin una consciencia sobre lo que pasa en el espacio.

Además, la certeza sobre sí mismo, no valía nada: “[...] la acción tiene un doble sentido, no solo en cuanto el manejo quiere sobre si mismo, quiere sobre el otro, pero también es una la acción tanto de uno cuanto del otro (Hegel, 1992: 127)”.

A partir de la creación de las figuras del siervo y del señor, Hegel desarrolla una relación dialéctica que es ajena a la consciencia de clase marxista, ya que pone el autoconocimiento como presupuesto necesario para el ser, es decir, no hay posibilidad de colocar problemas sociales o culturales dentro de la búsqueda del autoconocimiento de los siervos. Su existencia está adscrita a la autoconsciencia del señor.

Una dependencia casi parasitaria, dependiente de la acción de un tercero que tenía poderes sobre el siervo, naturalmente débil. Conjuntamente, en esto movimiento doble, la autoconsciencia si decompone en los extremos.

Así, abandonando la metáfora del señor y del siervo, el empresario solo sabe que es el empresario cuando tiene bajo sus órdenes algunos empleados. Al inverso es lo mismo, la consciencia de sumisión del empleado se queda fijada cuando mira el empresario.

Sin la figura del empresario, el empleado es solo un empleado, sin nada más. La consciencia de sí mismo es, en principio, igual en sí misma, ya que es independiente. Todo cambia cuando el subyugado actúa frente al otro, así conceptúense imágenes diversas de las fijadas del campo sin la figura del otro, con el desarrollo del ser para sí mismo.

Algunos adeptos de Marx son partidarios de la relación dialéctica del señor y del siervo, la concepción dialéctica entre el siervo y el señor tendrá la función de crear la idea de superioridad del señor sobre el siervo.

Hegel veía las dos figuras de forma bien distinta. Su dialéctica explica el porqué de la repulsa de muchos marxistas:

Es creada la distinción entre “señor” y “siervo”, con su consecuente “dialéctica”, que Hegel describe en textos que se tornaron famosos, para los cuales sobretodo los marxistas señalarán [...]. El “señor” concedió su ser físico en la lucha, y, por medio de la victoria, se quedo el dominante. El “siervo” tuvo miedo de la muerte y, en la derrota, para salvar su vida, aceptó la condición de servicial y se quedó como una “res”, bajo el *Dominus Dei* del “señor” (Reale y Antisieri, 1991: 118).

La dialéctica que se crea entre ellos torna el trabajo un punto esencial para el desarrollo de la sociedad. El individuo tiene que trabajar para llegar a tener la expectativa de dignidad:

Para que este proceso sea posible debe existir una ruptura entre el trabajo y el

producto del mismo (que es el origen de la alienación). Esta disociación aparece porque quién organiza la producción y la circulación de moneda que se produce en los intercambios de factores y productos es el empresario. El salario, entonces, puede mantenerse en el nivel de su valor (o sea el de reproducción de las energías del trabajador) y el trabajo seguir siendo un factor de producción, a pesar de existir elevados beneficios. Pero esta contradicción inevitablemente genera conflictos (Rodríguez, Cozzano y Mazzuchi, 2007: 11).

El trabajo es una relación dialéctica. Los conflictos tenidos por Marx como necesarios para el implemento de una nueva dialéctica y, así, fuente de otra sociedad, ajena a la capitalista, son la condición esencial para la comprensión de que la dialéctica que surgió antes de la materialista, la hegeliana, debe ser apuntada en algunos párrafos:

La propia dialéctica, que desde la antigüedad emergiera como único método de investigación de la filosofía (el único método que la filosofía asienta de propio), que no divide con las otras ciencias, tuvo que ser repensada y redimensionada a su cepa, acabando por ser empujada y parcialmente envuelta en una especie de “destrucción” (Reale y Antiseri, 1991: 159).

La libertad individual a que Marx se refiere es una libertad mala, que no trae nada de bueno, sino el retraimiento del pueblo. La incomunicación generada por los derechos de la burguesía son el gran entrabe a la creación de una

conciencia de clase en torno a un objetivo: la igualdad y la justicia social.

El trabajo es un factor esencial en la dialéctica, y, de hecho, Hegel tenía el conocimiento de su poder:

Así, el “señor” pasa a ser “dependiente de las cosas”, al inverso de independiente, como era, porque no tiene el siervo como una persona humana, todo lo que el “siervo” tiene es el *know how*, al paso de que el “siervo” acaba por tornarse independiente de las cosas, haciendo por conta propia. Además, el “señor” no se puede auto realizar como autoconsciencia, ya que el esclavo, reducido a una cosa, no puede presentar el polo dialéctico con lo cual el señor se pueda confrontar adecuadamente (Reale y Antiseri, 1991: 118).

La consciencia del poder en las manos de un tercero vuelve al siervo un instrumento de poder y ganancia del señor, el trabajo es una fuente de sustento para el siervo y una fuente de lucro, muy fáciles algunas veces, para el señor. La dialéctica entre ellos crea un mundo de reconocimiento del dominador por parte del dominado, ya que el siervo no pasa de una res:

Así, Hegel identifica perfectamente el poder dialéctico que deriva de trabajo. Como ha hecho Hegel, en sus conclusiones, precisamente en el trabajo, en que la consciencia de servicio parecía ser *sui generis*, la consciencia del siervo se encuentra a si misma y camina para encontrar su propio significado (Reale y Antiseri, 1991: 118).

Claro que los otros medios a la consciencia, llamados de estoicismo, cética y consciencia infeliz, traen al siervo el deber de buscarse a sí mismo en una realidad que jamás habrá de ser favorable a él. Es decir, los serviciales han de quedarse en el mismo plano, sin llegar a la razón.

La primera crítica de Marx a la dialéctica hegeliana es el hecho de que, para Marx, no es la consciencia de la persona la que determina su ser. Por el contrario, entendía Marx que es la consciencia social del individuo la que será determinante para el desarrollo de su ser.

La relación dialéctica, así, entre el señor y el siervo estaba equivocada. La consciencia de uno y del otro no podría ser jamás fijada por su posición al mundo, ya que Marx creía que el medio social era la parte más importante para la sujeción del ser, pero no un ser aislado como quería Hegel, sino un ser social:

Así como los pueblos del pasado vivieron su historia en la imaginación, en la mitología, nosotros, alemanes, vivimos nuestra pos historia en el pensamiento, en la filosofía. Somos contemporáneos filosóficos del presente, sin ser sus contemporáneos históricos. La filosofía alemana es el prolongamiento ideal de la historia alemana (Marx, 2003: 25).

Un ser social es justamente un ser que no se queda aislado, satisfecho con su posición de solo encontrar su consciencia en las órdenes del señor. El siervo tenía el poder de determinar sus medios de vida, pero jamás podría hacer esto solo. Necesitaba de algo mayor que su

propia existencia, algo que pudiese generar el poder de movilización en torno de una causa.

Es justamente esta la razón por la que Marx no se quedó satisfecho por el materialismo del siglo XVIII. La filosofía alemana no era completa para atender a los clamores de Marx. Así, la metodología central de la filosofía, la dialéctica, gana el carácter materialista, pero que el operario tiene, también, que ingresar en un nuevo proceso dialéctico, llamado dialéctica materialista, cuando en su ser habrá de ser determinado por una consciencia ajena a un solo trabajador, sino a una colectividad concedora de sus problemas sociales y de su penuria económica bajo el poder del señor.

La conciencia en la dialéctica marxista exige la visión de la realidad espuria en la que los operarios están fijados. Solo con esto se puede empezar el cambio. “Aunque para este cambio, a la penuria económica del trabajador debe agregarse su nivel de conciencia sobre las contradicciones del mundo en que vive (Rodríguez, Cozzano y Mazzuchi, 2007: 13)”.

A lo largo del camino del perjurio de la dialéctica, el proletariado trae consigo la cruz de toda la humanidad, sin llevar, siquiera, el reconocimiento por su papel esencial en la producción y circulación de riquezas:

El llamado Diamat, es decir, materialismo dialéctico, es el núcleo fundamental de la visión del mundo soviético. [...] Marx se limitó a asumir la dialéctica

como método de interpretar la historia y la sociedad. La dialéctica es la forma de pensamiento más relevante para la ciencia natural moderna, ya que solo ella presenta la analogía y, con efecto, los métodos para comprender los procesos de desarrollo que se verifican en la naturaleza, los nexos generales y las aberturas de un campo de investigación para otro (Reale y Antiseri, 1991: 204).

El materialismo dialéctico es el primer paso para la lucha de clases. Cuando el siervo toma conocimiento de su poder frente al señor, la relación del trabajo gana un *status* de conflicto y el medio para conocer el complejo campo de luchas es la historia:

Quando se estudia las grandes crisis de la historia, las épocas de transición, se conoce solo una ciencia: la historia. El materialismo de Marx es un materialismo histórico. Y, como hilo conductor, para el estudio de la historia, Marx presenta la teoría por medio de la cual las ideas jurídicas, morales, filosóficas, económicas y religiosas, dependen, son condicionadas o son el reflejo y la justificación de la estructura económica, de modo que, si hay un cambio en la estructura económica, habrá un cambio en la superestructura ideológica (Reale y Antiseri, 1991: 196).

Existe, en verdad, una relación de subordinación entre la estructura económica adoptada y la superestructura ideológica, formadora de las ideas y opiniones de los tipos. Las producciones mentales son condicionadas por el conocimiento del individuo de su situación social real.

El cambio de informaciones del ser humano parte del presupuesto de que tiene total conocimiento de su situación social bajo la estructura económica vigente. Hegel no se quedó en tal cuestión y solo consideró la dialéctica como medio de cambios de sí mismo con el otro, o sea, la identificación de sí mismo bajo la existencia del otro:

Mi método dialéctico no sólo es fundamentalmente distinto del método de Hegel, sino que es, en todo y por todo, la antítesis de él. Para Hegel, el proceso del pensamiento, al que él convierte incluso, bajo el nombre de idea, en sujeto con vida propia, es el demiurgo de lo real, y esto la simple forma externa en que toma cuerpo. Para mí, lo ideal no es, por el contrario, más que lo material traducido y traspuesto a la cabeza del hombre (Marx, 2008: 58).

La dialéctica marxista será una conquista, ya que pasa a ser elevada a doctrina del desarrollo en su expresión más completa, más profundizada y nada unilateral, la doctrina de los conocimientos humanos por el reflejo de la materia en desarrollo perpetuo.

Para Hegel, el proceso del pensamiento, que él transforma hasta un ser independiente, con el nombre de idea, es el demiurgo del real, que, por su turno, es solamente el fenómeno exterior de la idea o proceso de pensamiento. Para mí, al contrario, el elemento ideal nada más es el elemento material transferido y traducido a los cerebros de los hombres [...]. La mistificación en que se encuentra la dialéctica en las manos

de Hegel no saca el mérito de ser el primero a exponer de forma clara las formas generales de la propia dialéctica. El único punto es que la dialéctica hecha por Hegel está de cabeza para abajo. Es preciso invertir en ella para así llegar a su núcleo (Mark, 2008: 56).

El elemento histórico, como herramienta para comprender el presente, otorgan al materialismo dialéctico el carácter de hilo entre la comprensión del ideal de la historia y de las cosas en el presente:

Marx invierte la dialéctica hegeliana, invirtió la praxis y el trabajo: transporta las ideas para la historia, de los pensamientos abstractos para elementos concretos, materiales, de la “consciencia infeliz” para la “realidad social en contradicción”. Concretamente, para Marx, todo proceso histórico genera contradicciones en su medio, y ellas son el impulso del desarrollo histórico. Así Marx llama para sí el mérito de constructor de una nueva manera de pensar el trabajo y la praxis, en el *Capital*, la primera tentativa de aplicación del método dialéctico a la economía política. Marx sostiene que la dialéctica es la ley del desarrollo de la realidad histórica y que tal ley expresa la inevitabilidad del pasaje de la sociedad capitalista a la sociedad comunista, con el consecuente fin de la exploración y de la alienación (Reale y Antiseri, 1991: 197).

Pero solo en Sartre, es que la dialéctica habrá de recibir su último giro. La libertad, como elemento de la concretización del ser, no depende solo de la libertad de los otros, viene a ser marcada por

situaciones concretas precisas, que serán definidoras de todo el aparato dialéctico hecho por Sartre.

Con base en esto, es que Sartre pone su existencialismo en confrontación con el marxismo, o en otras palabras, con la dialéctica hecha por Marx, Sartre afirmó que decir de un hombre lo que él es, significa decir lo que él puede.

Ahora, la aproximación con el marxismo es muy profunda cuando Sartre explica de que se trata, esto en medio de las posibilidades materiales, ya que la configuración del campo depende de la realidad social e histórica. Es un campo material, cuyas matrices económicas son condicionantes a la materialización histórica de la sociedad.

Aunque Sartre se aproxime a Marx en el punto de las matrices que escriben la realidad histórica, diverge de él cuando el asunto es el materialismo dialéctico, ya que el existencialismo es una evolución clara y precisa de la dialéctica marxista. Sartre desarrolló el materialismo dialéctico como un vacío sin pruebas de su existencia.

### **La Ley moral y el imperativo categórico**

El derecho, para Kant, depende de leyes universales y de índole moral, no ajenas al personaje, ya que la pretensión de universalidad debe, obligatoriamente, pasar por la consciencia humana antes de llegar a las disposiciones de un catálogo de leyes, ahora positivadas.



La Ley moral no es una ley fija, sino flexible, capaz de desarrollar otras muchas leyes sin perder su carácter principal, propiciar al individuo la elección de una conducta que le permita dar a su ley moral el espectro de visión para que la misma gane la grafía de una ley universal, a ser seguida por todos. Si existe una ley y esta tiene la pretensión de ser universal, capaz de alcanzar a todos, indistintamente, tiene que ser estrictamente moral:

Así, se trata de mostrar que hay una razón fundada en la praxis, o sea, que la razón es suficiente, por sí sola (igual como pura razón, sin la ayuda de impulsos sensibles) para mover la voluntad. Así que Kant teorizó. Solamente en estos casos pueden existir principios morales válidos sin excepción para todos los hombres, o sea, leyes morales que tengan valores universales (Reale y Antiseri, 1991: 908).

Los derechos humanos son universales. La pretensión de una ley que alcance a todos es un presupuesto válido para la concretización de los derechos en un nuevo plano, el de la moral que por muchos años habrá de ser sinónimo de derecho, para que al final sean separados y creados dos círculos, cada uno con sus características propias:

Todo concepto de deber envuelve una sujeción objetiva a través de una ley (un imperativo moral que limita nuestra libertad) y pertenece al entendimiento práctico, el cual traen una regla fundamental. Pero la imputación interna de una realización, en la calidad de un caso que se encuadra en una ley (*in meritum*

*aut demeritum*) pertenece a la facultad del juicio (*idicium*), que, como principio de una imputación de una acción, hace un juicio con fuerza jurídica si la acción, como una realización (una acción sujeta a una ley), ocurrió o no. A ella sigue la conclusión de la razón (sentencia), o sea, la conexión del resultado jurídico con la acción (condenación o no condenación). Todo lo que pasa tiene lugar ante un foro (*coram iudicio*) que, como una persona moral dando efecto a la ley, es llamada de corte (*forum*). La percepción de un foro íntimo en el ser humano (“delante el cual sus pensamientos se acusan o se esquivan entre sí”) es la consciencia (Kant, 1993: 279-280).

El juicio moral reside en la conciencia de quien practica una acción, sea ella buena o mala, no importa, ya que la reprobación también viene de la conciencia y no de otros medios externos de coerción. La ley moral no debe ser confundida con la ley positiva.

La ley moral es más un límite a la práctica de determinadas conductas que son reprobadas desde la conciencia del individuo. La ley moral es, por así decir, interna e inherente y muchas veces tiene consecuencias mucho más serias para el transgresor que una violación a una ley. El poder que la conciencia ejerce sobre el individuo puede, muchas veces, colaborar con el derecho positivo:

Pero el deber de un ser humano para consigo mismo no compite su perfección natural es apenas un deber amplio e imperfecto, ya que, a despecho de contener efectivamente una ley para la máxima



de las acciones, nadie determina sobre la forma y la extensión de las propias acciones, permitiendo una ampliación de su libertad de acción Kant, 1993: 287-288.

La ley moral es interna, y su coercibilidad es *sui generis*, ya que una violación jamás llegará al conocimiento externo sin que el violador confiese, públicamente, que violó una ley moral. Si la ley moral corresponde a una regla del derecho positivo, es posible que haya punición. En sentido contrario, solo habrá una reprobación social acerca de la conducta, pero sin la posibilidad de una punición *jure et jure*.

Para comprender bien lo que hace Kant, hace menester tener en cuenta algunos puntos clave de su teoría. El filósofo llama principios prácticos las reglas generales, o sea, la determinación general de la voluntad de la persona, dentro de las cuales hay una diversidad de reglas particulares. Los principios prácticos, que guían a los filósofos, son divididos en máximas e imperativos.

El imperativo hipotético es un principio de racionalidad práctica porque nos dice en qué consiste actuar racionalmente: una persona racional toma los medios para realizar sus fines, una persona irracional no.

En el ejemplo anterior, supongamos que yo tengo pánico de hundirme en la alberca y ahogarme; cada vez que pienso en aprender a nadar me imagino que no voy a poder flotar; así que todos los días me dirijo hacia el deportivo en donde

está la alberca y no tengo el valor de inscribirme en las clases de natación.

Presumamos, al mismo tiempo, que yo realmente quiero aprender a nadar; digamos que mis amigos están planeando ir a bucear en las vacaciones y que yo soy la única persona que no puedo nadar. Me muero de ganas por aprender y, sin embargo, el pánico hace que me comporte irracionalmente: en vez de tomar los medios necesarios para mi fin, no lo hago.

A diferencia del imperativo hipotético, el categórico exige incondicionalmente que hagamos ciertas cosas o que las dejemos de hacer, esto es, sin suponer ninguna condición: uno debe, por ejemplo, respetar a los demás sin importar lo que uno piense, quiera o desee, la exigencia es incondicional.

Kant piensa que el carácter incondicional de las exigencias morales es una característica necesaria de las mismas y piensa también que nosotros estaremos de acuerdo. Además de apelar a nuestra intuición moral, en la tercera sección de la Fundamentación Kant ofrece argumentos cuyo fin es, en parte, mostrar que las exigencias incondicionales de este imperativo están bien fundadas.

Este imperativo, al igual que el hipotético, es también un principio de racionalidad práctica, pues nos dice en qué consiste actuar racionalmente. Esto no significa que el problema con la conducta inmoral es que sea irracional.

En la teoría de Kant no es el caso que la persona moral actúe moralmente porque quiera ser racional; la persona moral

actúa moralmente porque valora a la humanidad como un fin en sí mismo, en su persona y en la de los demás.

El fin o la aspiración de la persona moral no es ser racional, sino tratar a la humanidad siempre como un fin y nunca como un mero medio. Aunque, desde luego, la acción moral es al mismo tiempo racional porque se adecua a los principios que gobiernan la racionalidad práctica.

A diferencia de la conducta contraria a derecho, las acciones que atentan contra las normas morales tienen el carácter de profanaciones, precisamente porque la dignidad moral de esas normas se experimenta como una cualidad sagrada:

Así, la ley universal del derecho, es decir, nace externamente de modo que el goce de la libertad de todos de acuerdo con una ley universal, es verdaderamente una ley que me impone una obligación, mas no guarda de modo alguno la expectativa – y mucho menos impone la exigencia – de que yo mismo debiese restringir mi libertad a tales condiciones simplemente en función de esta obligación; en lugar de esto, la razón apenas dice que la libertad esta limitada a aquellas condiciones de conformidad con su idea y que ella puede también ser activamente limitada por otros (Kant, 1993: 77).

Así, para cerrar este debate sobre las visiones de Kant sobre el derecho y sobre el ejercicio de los derechos en el campo del imperativo categórico, en la doctrina del derecho, se pretende desplegar que la ley jurídica exprese el verdadero

mando positivo en la medida en que la acción efectúe acciones conforme a ella, y con la obligación el cumplimiento de la acción externa esté dado por coacción, a su vez, por la justa relación entre los derechos, puesto que estos últimos representan a personas como sujetos (sea en condición de autoridad o bien en condición de súbdito, sea entre iguales o diferentes) de deberes y derechos.

A pesar de la profundidad de los conceptos kantianos, muy útiles para la comprensión de la realidad jurídica, su filosofía no es habilitada como base para la concreción de los derechos humanos en el contexto moderno.

Su dialéctica meramente negativa y posición casi irrefutable sobre el imperativo categórico impide que exista un cambio de datos como en los procesos dialécticos de Hegel, Marx y Sartre, el historicismo moderno (destacamos las obras de E.P. Thompson e Eric Hobsbawm); así como su concretización jurídica, bajo las leyes más rudimentales hasta los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los conceptos modernos sobre el bloque de constitucionalidad y la incorporación automática de los derechos humanos por las constituciones a partir de dispositivos abiertos, que permiten al aplicador de la ley el uso de las márgenes de apreciación delante de conceptos jurídicos indeterminados.

### **Las muchas formas de comprensión de los derechos**

Los derechos humanos pueden ser revalorizados como creaciones positivistas,

revelaciones y/o reconocimiento de derechos ya existentes, como hacen los adeptos del derecho natural, o pueden ser considerados como un fenómeno multidisciplinar, ajeno a las instituciones jurídicas tradicionales, sin existir la necesidad de tener una codificación o un sistema integrado (y único) de garantía a los derechos humanos.

Kant considera que solo hay un derecho innato que es la libertad, los derechos vinculados a la libertad son el inicio de la evolución de la comprensión sobre los derechos a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Para todos los iluministas, existían distinciones entre determinados tipos de personas, ni todos los seres humanos estaban como destinatarios de los mismos derechos (de ahí que surgen las críticas a los estamentos sociales). Esta proposición ejemplifica, de manera eficaz, que el derecho no debería ser concebido como formado por dos elementos, es decir, una obligación de acuerdo con una ley y una competencia de quien, por medio de su elección, somete un tercero a la obligación para forzar el cumplimiento de la norma (Kant, 1993: 78).

No hay como ejercer un derecho sin medios de coerción, sin el llamado *jus cogens*. Hay muchas formas de comprensión de los derechos, pero hay una forma esencial de goce de cualquier derecho, presente en su poder de reclamo ante un tribunal, cualquiera que sea, por medio del *jus cogens*.

Los convenios no presentan medios de coercibilidad para derechos ajenos a los derechos individuales. No habría como hacer el goce del derecho de libertad, tan celebrado por Kant, sin el *Writ of Habeas Corpus*. La comprensión de los derechos que tenemos (o que no tenemos) pasa, obligatoriamente, por la existencia de fuerzas capaces de obligar a un tercero que cumpla el contenido del derecho:

Una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de estos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es la de la satisfacción *ex lego*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la asistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos a partir de la mayoría de edad (Ferrajoli, 2005: 24).

Ferrajoli propone no necesariamente un retorno al derecho natural, ya que es notoriamente positivista al hablar de los derechos como prerrogativas fundamentales, dirigidas al ciudadano.

Las leyes universales existen, ya que hay consenso de que un comportamiento puede ser exigido por medio de la fuerza y, así mismo, coexistir con el derecho de libertad. Kant ejemplifica que cuando un demandante quiere cobrar una dádiva, esto no significa que el, demandante, tenga el derecho de alertar el

demandado todos los días sobre la fecha en que debe pagar la deuda.

La obligación de pagar la deuda está en la razón del demandado de pagar al demandante la cuantía o, como quiere Kant:

Así, cuando se dice que un demandante dispone del derecho de exigir de aquel que no pagó la deuda, o sea, el derecho de exigir el pago de la deuda, esto no significa que el puede avisar aquel que no pagó que su razón lo pone en la obligación de hacer esto; significa, al contrario, que la coerción que obliga a todos a pagar sus deudas puede coexistir con la libertad de todos, inclusive con aquel que no pagó la deuda, bajo la ley externa universal (Kant, 1993: 78).

Dentro de las muchas formas de comprender el derecho (o los derechos) surge un punto en común: los derechos declarados, internacionalmente, siempre vienen en conjunto con deberes, y estos deberes requieren del aplicador del derecho, sino mayor atención, ya que es por medio de ella que se hace valer las instrucciones legales del presente. Por lo tanto, Kant crea su división de derechos:

Los derechos, como doctrinas sistemáticas, son divididos en derecho natural, el cual se apoya solamente en principios *a priori*, y derecho positivo (los estatutos), lo cual proviene de la voluntad del legislador. La división superior de los derechos, como facultades (morales) de someter los demás a obligaciones (esto es, como bases legal, con razón para hacerlo), es la división entre derecho innato y derecho adquirido. Un derecho innato es

aquello que pertenece a todos por naturaleza, independiente de cualquier hecho que estableciese un derecho; un derecho adquirido es aquel para cual se requiere tal hecho (Kant, 1993: 83).

Al escribir sobre los derechos sociales, podemos suponer que los derechos sociales no son nada más que un fenómeno creado por el ser humano a partir de necesidades reales de adaptación de las reglas jurídicas, a la situación social de aquellos que no detienen en sus manos las bases del capital.

Ya los derechos individuales, fueron fuertemente criticados por Carlos Marx, son un fenómeno de una clase social nueva, ajena al feudalismo y la aristocracia, que buscaba la libertad de acción en su propio favor, desarrollando industrias, generando riquezas y dando espacio a demandas sociales de los demás.

Robert Alexy es un cientista del Derecho que hace consideraciones bastante relevantes de la forma de cómo los derechos son vistos y cómo están a disposición de todos para su apropiación, goce y reclamo frente a un tribunal, según lo que Alexy trabaja todos los derechos, hasta los llamados derechos programáticos, son justiciables y perfectamente reclamables delante de una corte o tribunal:

Entre el concepto de norma de derecho fundamental y del derecho fundamental existen estrechas conexiones. Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho (Alexy, 1993: 46).

Alexy no admite que una norma jurídica, sea negativa (las normas de naturaleza burguesa), sea una norma que otorgue derechos a prestación (en sentido amplio, los derechos de defensa, o en sentido estricto, los derechos sociales), no admite su reclamo, su justiciabilidad.

Lo que Alexy hace es una división entre derechos vinculantes a un reclamo directo al Tribunal Constitucional Federal y derechos no vinculantes. Alexy no es contrario a la aplicabilidad automática de los derechos fundamentales, solo fundamenta que hay algunos derechos que tienen preferencia a otros derechos, siempre en cuenta de un caso concreto, lo que demanda el sopesamiento de los derechos en juego.

Ya al contrario de Alexy, Ferrajoli comprende los derechos fundamentales siempre como derechos subjetivos que corresponden, de manera universal, a todos los seres humanos, independiente de sus condiciones o posiciones, sin depender de una calificación estratificada en normas, reglas o principios:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor

de los actos que son ejercicios de estas (Ferrajoli, 2005: 19).

Para tanto, ahora vamos a tratar de la evolución en la comprensión de los derechos y no de sus creaciones. La comprensión sobre derechos humanos es, así, un problema no solamente jurídico, sino dialéctico e histórico.

### **Los derechos humanos como un fenómeno histórico**

La posición privilegiada del detentor del capital sobre las demandas sociales de los proletarios, la situación del derecho de libertad de los migrantes, la posición jurídicas de las mujeres en los países islámicos y la evolución histórica de los propios derechos humanos, son pequeños ejemplos de que los derechos humanos no deben ser estudiados como prerrogativas comunes, sino como fenómenos específicos, de interés general.

Sin los derechos sociales no hay democracia en el contexto bajo el Pacto de San José de Costa Rica y de las Constituciones modernas.

Uno de los mecanismos para el surgimiento de los derechos sociales fue la dialéctica, pero no necesariamente una dialéctica, sino la dialéctica, es decir, las ideas de Hegel, Marx y Sartre, solas, no presentan nada sino ideas contrapuestas en algunos puntos y similares en otras.

Su junción compone un complejo sistema de ideas, que al cambiarse en normas jurídicas crean las bases políticas y filosóficas para que el problema económico obligue la consolidación progresiva y

gradual de los derechos económicos, sociales y culturales.

La dialéctica representa la manera como las demandas sociales llegan desde las esferas más bajas de la sociedad hasta los poderes públicos, aunque ineficientes y no dotadas de *jus cogens*.

Las críticas hechas por Marx al capitalismo, al aislamiento de los proletarios y a la necesidad de una consciencia de clase, generó toda una corriente que pasa a considerar el catálogo de derechos fundamentales como algo insuficiente. El hecho de que tuvieramos derechos (si es que tenemos derechos) carecía de una ampliación de las bases de legitimación del Estado de Derecho.

### Los derechos humanos como derechos de la burguesía: la crítica de Carlos Marx

Carlos Marx siempre criticó los derechos humanos, en cuanto escribía sus tratados dada su noción, meramente iluminista. La noción kantiana del derecho de libertad ha hecho que Marx desarrollara una serie de críticas, a la manera individualista de los derechos de libertad.

En especial, es posible destacar la eterna protección a la propiedad privada y la sumisión de los proletarios a la clase burguesa, por esto, la libertad individual que Marx detalla es una libertad diabólica, que no reporta ningún beneficio a las personas, sólo a los burgueses, generando la clausura del pueblo en grupos cerrados, sin comunicación entre ellos.

La incomunicación forjada por los derechos de la burguesía son el gran entrabe a la creación de una conciencia de clase en torno a un objetivo: la igualdad y la justicia social.

Igualdad y justicia social son, dentro de las muchas formas de comprensión de los derechos, uno de los menesteres de los derechos humanos, llamados hoy derechos económicos, sociales y culturales, es decir, después de muchos años desde los tratados de Marx, la cuestión social ahora es tratada como un fundamento esencial para la existencia de los derechos.

La libertad, por sí sola, no presenta más nada, ella depende ahora de una interconexión con otras variantes que fueron conquistadas por medio de conflictos.

Marx poseía la fórmula de que la propiedad privada es la depravación que vuelve las personas desposeídas de libertad. La libertad correspondería a comprender el todo de la colectividad y no algunos pequeños estratos de la sociedad como, por ejemplo, el hogar, la escuela, la oficina o su sitio de trabajo.

La propiedad privada fue la principal fuente de perpetuación de poder de la burguesía. Por separar los semejantes entre los que tienen el todo y los que no tienen nada, los derechos de libertad son criticados por Marx por poseer el *status* de la clave para la desigualdad entre los individuos y sus semejantes, ya que solo los separaba y nunca los unía:

La concesión de tales derechos, observaba Marx, no implica la liberación del hombre, sino al contrario, su reducción:



por un lado, en cuanto ser real, al individuo egoísta, al miembro de la sociedad burguesa, y, por otro lado, en cuanto hombre verdadero, al ciudadano abstracto y artificial, al hombre en cuanto persona alegórica, moral. A esto Marx oponía la visión de Feuerbach del hombre como ser genérico que sólo se realiza plenamente en el momento de la emancipación humana (Parcerio; Moreno-Bonnet; Domínguez, 2006: 225).

Una enunciación de derechos, con palabras de emanación casi poéticas, no valía de nada si los destinatarios de tales derechos jamás gozasen de estos:

Solo cuando el ser humano en su esfera más íntima incorpore para sí al ciudadano abstracto y se convierta como hombre individual en ser genérico, en su trabajo individual y en sus relaciones individuales: solo cuando el hombre ha reconocido y organizado sus *forces propres* como fuerzas sociales y cuando, por tanto, no desglosa ya de sí la fuerza social bajo la forma de fuerza política, solo entonces se lleva a cabo la emancipación humana (Marx, 2000: 50).

Siempre cuando el debate trasciende a los derechos individuales y sus debidas garantías, la crítica de inexistencia del *jus cogens* a los derechos económicos, sociales y culturales.

En Europa algunos temas, como el de los medicamentos, están fijados sin oportunidad de nuevos debates, sobre el alcance de los derechos sociales, que deben recibir el mismo tratamiento que los derechos individuales.

## La cuestión social y la Constitución: el garantismo

Los derechos individuales, o negativos, deben estar presentes en la Constitución ante un contexto económico y social, ya que solo estos últimos son capaces de integrarel otorgamiento de dignidad a la persona humana. Solo los derechos individuales favorecen a los integrantes de la burguesía<sup>7</sup>.

Es posible que el aislamiento del que tanto habla Marx sea encontrado aquí, pero otros puntos merecen análisis. Los derechos que protegían solo a la burguesía, empezaron a tutelar a los trabajadores, las minorías étnicas y culturales, las mujeres, los niños, el derecho al honor, al descanso, al acceso a la cultura, a los deportes y el bienestar en general.

Sin embargo, los derechos sociales, dado su carácter económico, son también la gran (sino la principal) debilidad de los derechos humanos y señalan que el sistema, como está puesto, es frágil, huérfano de mecanismos de defensa y de realización de ellos *in concreto*, desde el poder judicial hasta el ejecutivo, de los derechos, especialmente a los que necesitan de ellos con más énfasis.

Algunas propuestas fueron hechas para solucionar los problemas típicos de la implementación de los derechos sociales. Ferrajoli presenta una buena solución, a saber:

7 Marx consideraba que la clase enemiga era la burguesía por sí sola.



La rehabilitación del punto de vista externo, de donde aparecerán las dos culturas de la transformación en las cuales está dividida la filosofía política moderna, representa, a proporción de esto, el presupuesto de cualquier doctrina democrática del derecho y del Estado (Ferrajoli, 2006: 822).

La propuesta de Ferrajoli abarca la comprensión del derecho desde un plano general, abierto a nuevos conocimientos que pueden (o no) venir de ubicaciones ajenas al derecho. El derecho no surge de la nada, ya que la teoría de los sistemas, perfeccionada por Luhmann, no puede ser aplicada a los derechos humanos.

Marx hace casi lo mismo que Ferrajoli. La diferencia entre los dos está en que Marx pretende un cambio total, con base en los maleficios de la orden económica y divide la sociedad en clases perfectamente distinguibles. Ferrajoli, sin embargo, amplía el alcance de las normas jurídicas a un punto de vista ajeno al derecho, pero que puede ganar un *status* jurídico desde que las demandas sean adoptadas por el sistema vigente:

Las preguntas que interesan para esta exposición solo son la segunda y la tercera, pues la primera corresponderá a cada ordenamiento jurídico en especial. El punto de atención para contestar a ¿qué derechos deben ser fundamentales? Está dado, conforme al profesor italiano, por el valor de la persona humana en el sentido kantiano: ser siempre un fin y nunca un medio. Vistas así las cosas, Ferrajoli manifiesta que hay cuatro valores que son precisos para las personas: vida,

dignidad, libertad y supervivencia. Estos valores tienen que servir de cuatro fines o criterios axiológicos: 1) La igualdad jurídica; 2) El nexo entre derechos fundamentales y democracia; 3) El nexo entre derechos fundamentales y paz, y 4) Finalmente, el papel de los derechos fundamentales como la ley del más débil (Cruz, 2005: 830).

El punto de vista externo es solo un medio de legitimación, de perfeccionamiento del modelo de Kelsen de validez de las normas jurídicas, Ferrajoli cambia la validez en validez formal (o democrática forma) y validez material (o democrática material)<sup>8</sup>. La democracia material no es un complemento a la primera, sino una forma de poner los derechos fundamentales como elementos esenciales a la orden jurídica.

Sobre la problemática, siempre enfrentada por Ferrajoli, entre su indefinición entre ser iusnaturalista o positivista, él responde:

No comparto ni la primera ni la segunda de esas dos connotaciones del positivismo jurídico. Por “separación entre derecho y moral” debe entenderse, en mi opinión, no tanto la negación de toda conexión entre uno y otra, claramente insostenible dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores, cuando la tesis ya mencionada según la cual la juricidad de una norma no se deriva de su justicia, ni

8 “Con Ferrajoli parecen quedar atrás las aspiraciones kelsenianas de una teoría pura del derecho, pero paradójicamente se consolidan con la idea de una teoría axiomatizada del derecho, cuyo pilar – según las palabras del propio Ferrajoli – es su carácter convencional pero sobre todo su rigidez lógica” (CRUZ, 2005: 852).

la justicia de su juricidad. Pero es claro que esta tesis, para quien no comparta lo que he llamado “constitucionalismo ético”, esto es, la identificación de los principios constitucionales con la moral *tout court*, vale también para normas constitucionales (Ferrajoli, 2000: 25).

Sin embargo, es posible concluir, prematuramente, que derecho y economía, bajo el debate de los derechos sociales, son dos lados de la misma moneda, pero que su distancia puede ser considerable ante la opción ideológica adoptada.

La tesis de Ferrajoli, con su construcción de una teoría general del derecho pautada en las garantías fundamentales para que así se pueda hablar, de hecho, en derechos fundamentales, mucho se aproximada a la tesis de Kant cuando trata de la necesidad de la existencia de coercibilidad para que las reglas del derecho sean aplicadas de hecho.

En verdad, Ferrajoli, ante la cuestión social y de las críticas hechas por las vertientes contrarias al Estado de la Burguesía, sostiene un modelo de Estado de Derecho garantista:

Ferrajoli no ha dudado en calificar a su propuesta como Estado de Derecho garantista o como un tercer modelo de Estado de Derecho. Defiende su alternativa con base en las críticas que le dirige al Estado de derecho liberal. Esta propuesta, mencionará, es el resultado de las insuficiencias del modelo liberal del Estado de derecho. Recordará que dichas insuficiencias descansan en tres ideas básicas. Primera idea: insuficiencia

del Estado liberal para satisfacer las desigualdades sociales y económicas. Segunda idea (íntimamente relacionada con la primera): necesidad de revisar los alcances de la legalidad. Tercera idea: proyección del modelo garantista a nivel global en virtud de la decadencia del concepto de soberanía (Cruz, 2007: 827-828).

### Pequeños apuntes sobre la afirmación histórica de los derechos sociales

El orden económico implica un cambio en lo que fue hecho por toda la comunidad jurídica acerca de los derechos humanos. La Constitución mexicana de 1917 y la Carta de *Weimar* de 1919 son dos ejemplos bastante contundentes para probar que los derechos humanos acompañan los cambios, pero que sus soluciones, muchas veces, son fuente de controversias y afectan intereses caros a una parte muy importante del capitalismo: la clase detentora del capital:

Pero fue solamente en nuestro siglo, después de la primera y, en mayor grado aún, después de la segunda guerra mundial, que se convertirán en el equipo padrón del constitucionalismo. Fueron proclamados en la primera oportunidad en la Constitución Mexicana de 1917, la cual, con un salto, se economizó todo el camino para reconocerlos: todas las riquezas naturales fueron nacionalizadas y el Estado asumió por completo, por lo mínimo en papel, la responsabilidad social para garantizar una existencia digna a cada uno de sus ciudadanos (Lowestein, 1970: 401).

El derecho a la propiedad<sup>9</sup>, tenido por la orden constitucional de Francia de 1789 como un derecho casi absoluto pasó a tener una posición relativizada por otros derechos (o, por qué no, por intereses más amplios que el interés individual) que no detienen un carácter meramente individual o colectivo, sino presentan un carácter doble, no meramente social tampoco.

Así, por supuesto, la restricción al goce de un derecho debe ser justificada y legítima. Para que la comprensión del problema propuesto sea completa, hace menester realizar un análisis del pasado de las luchas que son anteriores al reconocimiento de los derechos sociales.

Los derechos sociales son, así, afirmados históricamente, pero de una manera no tan incisiva como fueron los derechos individuales. Los derechos de las declaraciones burguesas, básicamente, no carecen de una análisis historiográfico, ya que son aplicables automáticamente, poseen *jus cogens* y son consensuales.

Son raras las constituciones que no los adoptan, así como son más raros aún los tratados internacionales de derechos humanos que no mencionen, discretamente, un único derecho individual.

La adopción de la programaticidad de los derechos sociales aun acentuó su implementación lenta, ya que la aplicación de las normas de derechos sociales siempre estuvo condicionada a la posibilidad económica, a condiciones materiales o al famoso principio de la reserva del posible.

9 No es novedad que el marxismo condene la propiedad privada.

Los derechos económicos, sociales y culturales son la gran punta de lanza para el desarrollo de las potencialidades humanas. Por tanto, es necesaria una realidad política que se adapte a las formas de trato diferenciadas para ciudadanos materialmente desiguales.

La importancia histórica de los derechos sociales apunta hacia la preocupación de las condiciones materiales, pero de ahí surge la gran dificultad, ya que de acuerdo a lo dicho anteriormente: en tanto que los derechos individuales demandan, en su mayoría, comportamientos negativos, o abstenciones, los derechos sociales exigen prestaciones de naturaleza económica. Sin condiciones sustanciales de vida, no existe el goce de las libertades públicas y sin libertad no existe cualquier posibilidad de que los derechos humanos, como un conjunto cerrado, en un bloque propiamente dicho, sean ejercidos.

Todos estos acontecimientos sociales redundan en una cuestión, acerca de las formas de sustento de la dignidad de la persona humana. Dignidad es un *status* a ser seguido por el Estado de Derecho, ya que la dignidad germina y se desarrolla a partir de un pleno respaldo estatal: "El ser humano no debe tener restringidas sus condiciones materiales de vida que disfruta; y, en esta época, se mira constantes restricciones al goce de los derechos y, en caso de desniveles y disfunciones, por su transformación" (Miranda, 2003 : 89).

La cuestión social aún debe ser analizada en función de las diversidades sociales

presentes en el contexto actual, ya que la inserción histórica de un precepto jurídico fundamental se explica desde el presente hasta el pasado, y no al contrario.

Canotilho es enfático al afirmar que los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos “[...] buscan hoy una coexistencia integrada de los derechos liberales y de los derechos sociales, económicos y culturales, de igual forma que los Estados, en su praxis, aseguran su imbricación de manera profundamente desigual” (Canotilho, 2000: 379-380).

### **La necesidad de una inmersión historiográfica para explicar el fenómeno de los derechos sociales**

Para que lleguemos al punto central del *ensayo*, debemos empezar una análisis historiográfico complejo, que comprenda la evolución de los derechos humanos y también las críticas hechas a estos por Marx y otros historiadores marxistas, que solo consideraban los derechos humanos como sinónimos de derechos de la burguesía. La economía política tiene sus leyes como máximas universales, que no pueden ser contestadas por nadie.

El socialismo surge para contestar tales leyes, mas ningún socialista, salvo los marxistas, poseerán una visión científica del método, cambiando el socialismo de una ciencia utópica por una ciencia de hecho.

Al alterar el sentido de la dialéctica Hegeliana, que tenía como base la relación ser humano, capital y trabajo, Marx empieza el desarrollo de una nueva visión

filosófica, una filosofía humanista que tuvo en Sartre su apogeo: “[...] el hombre no es una esencia fija: esto es mucho más de lo que desea ser. En esto, la existencia precede a su esencia” (Reale Antiseri, 1991: 610):

El pensamiento de Marx se formó en contacto y contra la filosofía de Hegel, las ideas de la izquierda hegeliana, las obras de los economistas clásicos y las obras de los socialistas que ello mismo llamaría “utópicos”. [...] Substancialmente, para Marx, la filosofía de Hegel interpreta el mundo de cabeza para abajo: es ideología. Hegel raciocina como si las instituciones existentes, como, por ejemplo, el legado, hubiesen sido derivadas de puras necesidades racionales, legitimando así el orden vigente como inmutable. La realidad es que, para Marx, Hegel transforma en verdad filosófica hechos que son puros hechos históricos y empíricos (Reales Antiseri, 1991:186).

El trabajo pasa a ser visto como algo que aliena el individuo dentro del contexto dirigido por el capital. La relación entre persona, capital y trabajo pasa a ser vista como un valor malo, algo que debe cambiar con urgencia bajo el riesgo de que la alienación sea permanente.

Al invertir la dialéctica de Hegel, Marx aún contempla que los derechos humanos fueran moldeados solo a partir de los intereses de la burguesía. Al criticar las declaraciones de derechos de la Francia revolucionaria, Marx enseña que los derechos individuales, puestos en los pilares de la libertad y de la propiedad

privada, aíslan los seres humanos en lugar de permitirles una unión.

La existencia de los seres humanos, desde una filosofía humanista, puede ser interpretada como el deber del Estado de fortalecer condiciones materiales de vida para que sea capaz de gozar de sus prerrogativas humanas, inherentes a su naturaleza:

En la opinión de Marx, la anatomía de la sociedad civil es generada por la economía política. [...] En otros términos, la economía política tiene que sus leyes son leyes eternas, leyes inmutables de la naturaleza. Y no percibe que, de esta manera, absolutiza y justifica un sistema de relaciones existentes en un determinado punto de la historia humana. O sea, transforma un hecho en ley – y ley eterna. Así, es ideología. Marx concluye, a partir del estudio de los economistas clásicos, que la máxima producción de riquezas corresponde al empobrecimiento máximo del operario. [...] la economía política nos explica que las cosas son así, pero no nos explica porque las cosas funcionan así – y, por tanto, no se presupone la cuestión de su cambio (Reale y Antiseri, 1991: 188).

En consecuencia la problemática de las clases sociales, en sus aspectos teóricos y de despliegue histórico, expresan lo que pudiéramos denominar un camino hacia las identidades constitutivas del organismo social. En otras palabras, se muestra como una finalidad para deducir niveles de correspondencia en los estados de comportamiento social entre lo real y lo ideal, con salida permanente al papel que juega el factor político como elemento

dinámico en los procesos sociales y en la definición de su naturaleza económica.

## **Consideraciones finales**

Al hablar del Estado de Derecho, el problema pasa a merecer el análisis de su variable final: la reglamentación jurídica de los derechos por los medios elegidos, desde los más rudimentales hasta las constituciones, llegando a la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, al bloque de constitucionalidad, hoy presente en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de Sudamérica y reconocido por sus Cortes Supremas y/o Constitucionales, como el caso de Brasil y Chile.

Los conceptos jurídicos indeterminados, que permiten un amplio margen de apreciación, como el Artículo 72 de la Constitución del Uruguay, son fuentes innegables de incorporación de nuevos derechos al patrimonio ideal del ser humano.

A partir de los análisis históricos (Marx, Engels y Thompson), filosóficos y/o dialécticos (Kant, Hegel, Marx y Sartre) y jurídicos, está el hecho de que tenemos derechos y que por más entusiasmados que sean los adeptos del derecho natural, solo los derechos positivados otorgan seguridad jurídica a los ciudadanos. Sin embargo, no hay nada que impida la incorporación de derechos naturales a documentos positivados.

Bajo las previsiones kantianas sobre derechos natos e innatos y los documentos forales o la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

de 1789, es un hecho que el derecho natural debe ser reconocido como una fuente bastante rica, pero no rescrita al derecho de libertad, como quería Kant.

Desde Antígona hasta los tratados aristotélicos, los derechos: a la vida, a la dignidad, al túmulo; son tratados por medio de la razón divina, pero no pierden su carácter esencial, su destinatario es siempre el ser humano y es garantizado a este derecho de búsqueda en los tribunales lo concerniente a tales derechos.

No hay duda de que los derechos son un fenómeno, pero son progresivos y tienen en el derecho natural una etapa inicial, una verdadera prueba de adaptación a la realidad humana. La enunciación del derecho positivo de estos derechos naturales es una consecuencia lógica y necesaria. No saca la posibilidad, todavía, del desarrollo de nuevos derechos, por el contrario, el rol de los derechos solo prospera, nunca disminuye, por la característica de rechazo al retroceso.

El concepto de Estado de Derecho habría de presuponer, al final, la democracia como modelo de gobierno. Los derechos humanos presentan así su carácter legitimador de un sistema jurídico determinado, precedido por un proceso de formación complejo y pragmático (ling stico) en el espacio y en el tiempo.

Establecer ahora cuáles son los límites de la aplicación de los derechos humanos no es sola una cosa buena para los ciudadanos, sino, *conditio sine qua non* encontraría la validez del Estado de Derecho y de sus normas jurídicas, derivadas de la

idea kelseniana de la norma hipotética fundamental. Para nosotros, la solución garantista, elaborada por Ferrajoli, y llamada "Esfera de lo Indecidible" permite al intérprete comprender los fenómenos jurídicos, históricos y dialécticos bajo los derechos humanos como fuente de legitimación de todas las instituciones jurídicas derivadas.

No se trata de recrear la teoría de Kelsen, sino mirar el derecho bajo otra perspectiva, más sencilla ante los cambios sociales y pautada en la dirección *pro homine*, que como decimos arriba, es el punto convergente de todos los teóricos de los derechos humanos, así como el único punto común de todos los tratados internacionales de derechos humanos:

En mi opinión, la esfera de lo intangible diseñada por las constituciones constituye el rasgo distintivo de la democracia constitucional, y no puede por tanto ser ignorada al definirla. Bobbio y Bovero hablan de los derechos fundamentales, de libertad y sociales, como "precondiciones lógicas" de la democracia. Pero una precondición lógica es una condición necesaria, es decir una condición *sine qua non*, la cual, por tanto, no puede dejar de formar parte de la definición del término definido. Son estas condiciones o precondiciones las que determinan lo que he llamado en varias ocasiones la dimensión sustancial de la democracia, referida precisamente a lo que no puede y a lo que no puede no ser decidido – en suma, a los contenidos, o sea a la sustancia de las decisiones – en oposición a su dimensión formal, la cual por el contrario se refiere al cómo



y al quién, es decir a la forma de las decisiones: una dimensión que ha sido agregada en la democracia por esa mutación de paradigma del derecho, de la validez y consiguientemente de la misma democracia que ha sido producida por su estipulación en constituciones rígidas. Tanto Bovero como Bobbio, parece refractario al uso de la expresión “democracia sustancial”, ciertamente desgastada por sus muchos usos y abusos ideológicos. Pero creo que no debemos tenerle miedo a las palabras, una vez que han sido claramente redefinidas (Ferrajoli, 2008: 338-339).

La ausencia de categorías jurídicas formalmente catalogadas, trabajadas y determinadas para los derechos sociales en oposición a los derechos civiles y políticos redundan en una reducción de las posibilidades de protección a los derechos humanos. Tal hecho conduce a un enorme descrédito de los sistemas jurídicos vigentes. Estos sistemas (los actuales, fuera el Garantismo) no están aptos para otorgar a las personas las garantías debidas, generando la pérdida de confianza en las instituciones jurídicas (incluyendo todos los poderes del Estado).

Respecto al avance de los sistemas protectivos de los derechos humanos, no tenemos dudas de que la solución de Ferrajoli, justamente por ser heterogénea, y viajar libremente entre el derecho positivo y el derecho natural, ofrece una mayor seguridad jurídica a una corte cuando dice respecto a los conceptos jurídicos indeterminados.

Sin duda, el Garantismo nació como una fuente de legitimación cada vez más fuerte para los aplicadores de la ley y se afirma como un parámetro capaz de provocar la legitimación de actos y normas emanados del Estado, siempre y cuando, sean atendidos los requisitos mínimos exigidos por la teoría creada por Ferrajoli.

Los requisitos mínimos son justamente la adopción del Estado de los principios que emanan de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sin perjuicio de un avance, como ha hecho el Supremo Tribunal Federal de Brasil, con el reconocimiento del bloque de constitucionalidad y de la colectánea de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, llamada por Dworkin de *International Bill of Rights*, que comprende la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 y los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, de 1966.

En este campo de interconexión entre Derechos Humanos, Garantismo y el Estado de Derecho, a partir de los campos del derecho, de la historia y de la dialéctica, existe una tendencia cada vez mayor de acumulación de derechos y deberes por parte de los seres humanos.

La edificación fundada por el Garantismo es aplicable a todas las instituciones jurídicas vigentes, así como debe tener la primacía dentro del Estado de Derecho, ya que los derechos humanos están contextualizados dentro de un paradigma de justicia cosmopolita y los pactos internacionales de derechos humanos, como bien acentúa Ferrajoli, deben ser aplicados de forma obligatoria, sin excusas.



Dicho edificio está asentado en unos principios generales que vienen de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que, con base en las cláusulas de ampliación del rol de los derechos fundamentales, previstas en las constituciones, como el artículo 72 de la Constitución del Uruguay, el artículo 5º, §2º, de la Constitución de Brasil, que valida o invalida las normas contenidas en convenciones específicas y también las normas de producción interna de los Estados, siempre que tales puedan venir a ser aplicadas en determinadas especificaciones temáticas que pongan en riesgo la protección de los derechos humanos del individuo.

La validez o invalidez normativa de las reglas internas o de las reglas de convenciones específicas es siempre vinculada a la validez sustancial que deriva de sus adhesiones, o no, a los principios generales del Garantismo y a las normas de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, garantizando la vinculación de las prerrogativas *pro homine* a esfera del indecible.

Para profundizar la aplicación del derecho, sugerimos que se adopte, como complemento, la *drittwirkung theorie* –la responsabilidad horizontal de los derechos humanos– El *drittwirkung* amplía, pues, la red universal de protección directa de los derechos humanos y su consideración debe ser inserta, de manera irrevocable, en el cuadro general del garantismo jurídico, lo cual elegimos como la mejor fuente de justificación de existencia, defensa y garantía para los derechos humanos.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Canotilho, J. (2001). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- \_\_\_\_\_; Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa - Anotada*. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra.
- Castro, R. (2004). El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de los costumbres. *Revista Digital Universitária*. V. 5, Nº 11. México D.F: UNAM. Disponible en <[http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic\\_art81.pdf](http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic_art81.pdf)>. Acezado en 14 de Mayo de 2011.
- Comparato, F. (2002). *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva.
- Cruz, M. (2007). El modelo Garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamentos Generales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XL, nº 120, Septiembre-Diciembre.. México D.F: UNAM, 2007. pp. 825-852. Disponible en: <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex120/BMD000012006.pdf>>. Acezado en 16 de mayo de 2011.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Razão*. (2006) Trad. Luiz Flávio Gomes; Fauzi Chokur. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. *El Garantismo y la filosofía del Derecho*. (2000). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios*

- Constitucionales. Año 6, n° 1. Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. pp. 337-343.
- \_\_\_\_\_.; Atienza, M. (2005). *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- \_\_\_\_\_.; Carbonell, M. (2005). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *Neoconstitucionalismo*. MADRID: Trotta .pp. 13-30.
- Hegel, G. (1992). *Fenomenología del Espíritu*. 2ª Ed. Trad. Paulo Meneses. Rio de Janeiro: Vozes.
- Kant, I. (2003). *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. 1ª Ed. São Paulo: Edições Profissionais Ltda.
- \_\_\_\_\_. (1995). *Crítica de la razón práctica*, Salamanca: Sígueme.
- \_\_\_\_\_. (1994). *Crítica de la razón pura*, Madrid: Alfaguara.
- \_\_\_\_\_. (1999). *Hacia la paz perpetua*, Madrid: Biblioteca Nueva.
- Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editora Ariel.
- Marx, K. (2000) *A questão judaica*. São Paulo: Centauro.
- \_\_\_\_\_. (2008). *El capital*. Habana: La Habana.
- \_\_\_\_\_. (1976). *Crítica al derecho político hegeliano*. La Habana: Ed. de Ciencias Sociales.
- \_\_\_\_\_. (2003). *Introdução à crítica da filosofia do direito de Hegel*. 3ª Ed. Trad. Celso Lafer. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Engels, F. (2003). *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Martin Claret.
- Miranda, J. (2003). A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, N°45, out. – dez.
- Parcero, C; Moreno-B. (2006) Margarita (org.); DOMÍNGUEZ, Maria (org.). La Crisis de la Fundamentación de los Derechos Humanos en el Siglo XIX. *La génesis de los derechos humanos en México*. México D.F.: UNAM. pp. 219-228.
- Reale, G y Antiseri, D.(1991). *História da Filosofia: do Humanismo a Kant*. Trad. Álvaro Cunha. V. II. 2ª Ed. São Paulo: Paulus.
- \_\_\_\_\_. *História da Filosofia: do Romantismo até os nossos dias*. Trad. Álvaro Cunha. V. III. 2ª Ed. São Paulo: Paulus, 1991.
- Rodríguez, J; Cozzano, B y Mazzuchi, G.(2007). *Relaciones Laborales y Modelo de Desarrollo*. Los cambios en 2005-2007 en la legislación y en la negociación colectiva. Estrategia sindical y empresarial. El nuevo modelo laboral, sus raíces y sus implicancias para el futuro. Montevideo: UCUDAL.
- Thompson, E. (1989). *Senhores e caçadores*. 2º. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Recibido: 18/07/2011 • Aceptado: 19/04/2012