

# EL DERECHO DESDE UNA ACTITUD HUMANISTA

Martín Agudelo Martínez\*

## Resumen

*Justificar la existencia del derecho a partir de una visión humanista, nos permite concebirlo como un medio para el ejercicio de las libertades públicas. El humanismo le confiere al positivismo el grado necesario de participación y aceptación ciudadana que permiten construir una ética social y al mismo tiempo, acerca el derecho a los postulados de la justicia.*

**Palabras clave:** Derecho, positivismo, dogmatismo, humanismo.

## Abstract

When we justify the existence of Law from a humanistic vision we are allowed to conceive it as a medium for the exercise of public liberty. Humanism gives positivism the necessary participation and citizen acceptance ingredient, which allow the construction of a social ethics and, at the same time, it approaches Law to the justice postulates.

**Key words:** Law, Positivism, Dogmatism, Humanism.

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2002

---

\* Juez y docente colombiano. Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Derecho Procesal Universidad de Medellín. Especialista en Humanismo y Doctorando en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Profesor de los cursos de Teoría General del Proceso y Filosofía del Derecho.

Frente a una tradición de idolatría a la ley, los abogados tienen como desafío nutrirse de unas herramientas humanistas que les permitan comprometerse con el hombre mismo, en la defensa de su dignidad y su libertad. Sobre esta temática se centrará este trabajo, confrontando en la cultura del derecho humano, el medio básico para la formación de abogados humanistas, que tanta falta hacen. El Derecho debe normar para hombres reales, por lo que debe buscar ciertos supuestos humanistas que exigen que el Derecho encuentre al hombre como persona, es decir, «*como conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres o con las cosas*».<sup>1</sup>

## 1. HUMANISMO JURÍDICO

### 1.1. El humanismo

Resulta difícil explorar un horizonte tan complejo como el del humanismo, dada la dificultad de asir una realidad que nos sume en lo paradójico como la del ser humano. «[...] *Eso que es el hombre puede ser abordado de múltiples modos, cada uno de los cuales ofrece un trayecto posible a la reflexión filosófica, pero sin que ninguno de ellos, por sí mismo, se nos presente como más legítimo que los demás*»<sup>2</sup>. Es por esto que la ambigüedad en el uso del término *humanismo* es notoria, ya que pululan muchas posibilidades de definición sobre lo que se considera como lo estrictamente humano y acerca de lo que ha de entenderse por hombre; lo que revela la imposibilidad de agotar su comprensión por medio de una simple definición que impida la aproximación a la realidad humana ofrecida como un proyecto de vida inacabado. No existen fórmulas para definir el hombre, en atención a que se constituye en una realidad compleja y paradójica que no se puede comprender de «*un solo golpe*», por lo que es imprescindible no reducirla a genéricas o vagas concepciones. Michael Foucault considera que los humanismos de Occidente son enmascaramientos de las relaciones de poder que han permitido la disolución del sujeto. Manifiesta que el humanismo se revela por medio de fórmulas abstractas que alejan al hombre del mundo científico y técnico. Sobre el particular sostiene: «*El humanismo ha sido el modo de resolver en términos de moral, de valores, de reconciliación, problemas que no se podían resolver en absoluto [...] Yo pienso que se puede decir: ¡el humanismo finge resolver los problemas que no se puede plantear!...*».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la postmodernidad*. (Trad. de Luis Villar Borda). Bogotá: Temis, 1992, p. 67-68.

<sup>2</sup> MOREY, Miguel. *El hombre como argumento*. Barcelona: Anthropos, 1987, p. 63.

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. *Saber y verdad*. (Trad. de Julia Varela y de Fernando Alvarez-Uría). Madrid: La Piqueta, 1991, p. 34-35.

Sin embargo, debe rescatarse que el debate sobre los diversos humanismos manifiesta una amplia oferta de discursos antropológicos que enriquece la comprensión de lo humano, teniendo en cuenta la variedad de respuestas a cuestiones que se realicen sobre el hombre y su quehacer. Lo que importa es no asumir una postura que vede la discusión sobre una problemática tan fundamental como es la del humanismo, sin que se preste adhesión por un humanismo en particular de forma dogmática, porque se corre el riesgo de adoptar una visión sesgada de la realidad, sirviendo a la lógica de la violencia. El fundamento humanista del Derecho positivo puede erigirse en una empresa difícil dado lo problemático que resulta comprender la realidad humana. No puede desconocerse la individualidad ni la particularidad, aunque resulta importante descubrir el lugar peculiar que el hombre ocupa en el universo, y para esto debe explorarse lo plural y la variedad cultural en la que se circunscribe el ser humano, sin que pueda abdicarse frente a una reverencia ciega por una «razón totalizadora».

## 1.2. Supuestos que deben tenerse en cuenta para una comprensión integral de lo humano

Libertad y dignidad humana son categorías de fundamento del discurso propio del derecho humano; son parámetros claros para potenciar en los juristas un humanismo jurídico. Se seleccionan de esta forma dos categorías, desde las dinámicas de los humanismos, que permiten lograr una explicación sobre los fundamentos que requiere el fenómeno jurídico, sin que por esto se desconozca lo complejo que resulta transitar desde estas posibilidades razonables de encontrar fundamentos hasta llegar al ámbito de las realidades de lo contingente y de particularidades en las que se desplazan los hombres.

**1.2.1. Dignidad humana:** El concepto *dignidad humana* no escapa a la relatividad cuando debe referírsele a contenidos concretos, en atención a la equivocidad que se contempla en el uso del término y dada la contingencia manifiesta que revela determinada imagen del hombre. Sobre el particular se confrontan dos visiones sobre la dignidad humana: El modelo cristiano y la concepción kantiana. (1) El humanismo cristiano se ha ocupado de esta temática en textos conciliares como *Gaudium et Spes* y en la encíclica *Redemptor Hominis*. En cuanto a la antropología subyacente en la Constitución del Concilio Vaticano II *Gaudium et Spes* se nos ofrece una concepción determinada sobre la dignidad del hombre, y se restaura el tema de la conciencia ( Rom. 2,14-16: *Dios ha escrito en los corazones de todos los hombres una ley*). Se indica que es en la profundidad de la conciencia humana el sitio en el cual se descubre una ley a la que se debe obedecer y cuya voz exhorta

a que se haga el bien y se evite el mal; todo ello con la ayuda de una sabiduría con la que cuenta el hombre porque tiene una interioridad a la que accede por introspección y quiere dirigirse a lo trascendente. Esa es la sabiduría que lo identifica como un sujeto responsable y como ser libre y no individualista, que lo mueve hacia la comunidad. La dignidad del hombre lo hace destacar por encima de las demás criaturas corporales. De otra parte, la encíclica *Redemptor Hominis* del papa Juan Pablo II confirma el acento que la Iglesia da al hombre como centro de la creación, ser creado a imagen y semejanza de Dios, cuya dignidad reclama el respeto por sus derechos y garantías fundamentales. En esta encíclica, la dignidad humana, núcleo del mensaje evangélico, también es considerada como el concepto central para la fundamentación de los derechos humanos. (2) En la modernidad, la propuesta kantiana ha interpretado la dignidad humana desde la regla del imperativo categórico («obra de manera de tratar a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio»). Dicha regla tiene por sustento el principio de autonomía moral, y se considera que todo hombre, como ser racional, posee en la dignidad un valor intrínseco en sí y no relativo, sin sujetarse a modelos foráneos a su propia conciencia ética, por lo que resulta posible que cada individuo se autolegisle, dándose sus propios fines. Sin embargo, esta pretensión excluye el otro, la diferencia. El profesor Jean-Francois Lyotard ha estudiado esta noción de dignidad humana en clave diferente teniendo en cuenta la dimensión propia de la filosofía del lenguaje. La autonomía individual exigida desde el imperativo categórico entra en crisis desde la dimensión del «otro». Es precisamente este parámetro el que posibilita a cada hombre sentirse un ser único y distinto, ya que lo que hace a los seres humanos semejantes es el hecho de que cada hombre lleva consigo la figura del otro. En su ensayo *Los derechos de los otros*, Lyotard dedica su reflexión a responder la siguiente pregunta: «¿Qué es esta figura del otro en mí, en la cual se dice que descansa mi derecho a ser tratado como un ser humano?»<sup>4</sup>. La interlocución es precisamente la base de la coexistencia al interior de las comunidades humanas; se trata de un elemento que permite identificar lo esencialmente humano, por la que se reconoce la relación constante entre el «yo» y el «tú», instancias que no se pueden fusionar<sup>5</sup>.

**1.2.2. La libertad:** Ser libre no significa orientar la conducta en atención a los dictados propios de la naturaleza; se trata de una condición que

<sup>4</sup> LYOTARD, Jean-F. *Los derechos de los otros*. En LUKES, Steven et al., *De los derechos humanos*. (Tr. de Hernando Valencia Villa). Madrid: Trotta, 1998, p. 137.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 138-139.

realmente dignifica al hombre, en cuanto sustenta buena parte de sus derechos individuales y de grupo. Se trata de una categoría que no puede explicarse exclusivamente desde una concepción individualista de autonomía moral, como mera autodeterminación, por cuanto se requiere tener en cuenta la acción. Sobre el particular se rescata el pensamiento político de Hannah Arendt, quien encuentra al hombre como un ser colectivo, relacional y distinto frente al otro porque adopta una individualidad concreta. La pluralidad y la individualidad serían presupuestos de todo sujeto libre. Cada uno de los seres humanos puede asumir su experiencia de ser libre, a partir de su vivencia en el mundo con los otros, sin caer en una masa de sujetos aislados o solitarios, para que los espacios de concertación, de discusión y de reflexión sean posibles como espacios de libertades. Libertad implica capacidad de actuar consciente y concertadamente; expresa la aceptación de la pluralidad de ideas y permite confrontación de seres que aunque condicionados se relacionan en el ámbito de lo público.

### 1.3. La imagen de *hombre* que se ofrece al Derecho

La imagen que se tenga de hombre influye en el fenómeno jurídico, ya que el Derecho es una realidad esencialmente humana y cultural reflejada en toda sociedad; es una creación dirigida a regular las relaciones humanas, y se precisa que los seres humanos no se limitan a vivir simplemente para la satisfacción de sus necesidades básicas. Tampoco se encuentran solos; siempre se da la posibilidad de estar en contacto permanente con el «otro», en una situación de convivencia que no puede ser indiferente al Derecho, gran obra cultural manifestada en atención a una imagen determinada de hombre. El filósofo del derecho Luis Recasens Siches afirma la existencia de esta relación entre lo jurídico y lo humano al sostener que toda norma jurídica se constituye en un pedazo de vida humana objetivada, ya que encarna un tipo de acción humana que deja un rastro o queda en el recuerdo tras ser vivida por el sujeto o los sujetos que la produjeron, para luego ser apoyada por el poder. Se considera que la norma jurídica sólo se comprende desde la vida humana, y cobra efectividad y actualidad en las conciencias y en las conductas de las personas cuando son cumplidas o aplicadas<sup>6</sup>. Sin embargo, es sumamente complejo ofrecer una imagen de hombre para el Derecho, toda vez que cada hombre es único e irrepetible; por esto, la historicidad del Derecho se erige en una dimensión realmente decisiva para hacerlo *derecho humano*, como lo recalca el maestro alemán Arthur Kaufmann cuando sostiene: «Sólo el derecho histórico, que está abierto para los hombres en

<sup>6</sup> RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 3ª ed. Ciudad de México: Porrúa, 1980, p. 135-136.

*su devenir concreto, es verdaderamente derecho humano. Pero tal pensamiento no permanece prisionero de las causalidades del instante, sino que vive desde el legado de la tradición y de la cultura como un fundamento común, sobre el que la sociedad se encuentra en un tiempo determinado».*<sup>7</sup>

Un derecho humano inmerso en la referida dimensión de historicidad debe procurar el encuentro entre el hombre abstracto reglado por el creador de la norma jurídica y el hombre concreto, sin que sea dable sacrificar los pluralismos y sin que tampoco se desconozca la limitación de forjar una imagen de lo humano para el Derecho desde cada caso individual. En este contexto, el humanismo jurídico debe considerar la condición actuante del obrar humano, desde su pluralismo, frente a las reglas que pululan en nuestra sociedad sobre la creación de espacios de no libertad, de desolación, lo que contribuye necesariamente a que el hombre no pueda disfrutar de los bienes que le brinda su entorno. Esa imagen de hombre debe conciliar la idea genérica sobre la cual debe reglar el creador de la norma jurídica con la particularidad que no puede verse sacrificada.

#### **1.4. Libertad y norma jurídica**

La libertad se realiza en las relaciones sociales, y las normas jurídicas han de ser senderos específicos para su actualización y no para su conculcación, en cuanto se constituyen en reales técnicas para motivar y dirigir el comportamiento de los seres humanos, pero su aplicación requiere de una adecuada actividad interpretativa. El Derecho debe erigirse en garante de la libertad, en cuanto proporciona el orden dentro del cual cada hombre puede actuar. Pero las normas jurídicas deben reunir ciertas condiciones para conducir a la libertad del hombre: (a) En primer lugar, deben ser expresiones de la voluntad general, para asegurar la igualdad de los ciudadanos, pensadas bajo un objetivo social, sin que esto sea óbice para su interpretación creadora una vez deban ser aplicadas frente a un caso en concreto. (b) Deben responder a las necesidades humanas de relación, siendo instrumentos claros de tutela de los derechos y de las libertades fundamentales. (c) Al normarse debe tenerse en cuenta que toda norma jurídica debe ser interiorizada por cada sujeto; el creador de la norma debe tener en cuenta esto, para que cada sujeto haga suyas las normas. (d) Las normas jurídicas deben ser coherentes y consonantes con aquello que es objeto de la correspondiente regulación. (e) Las normas no deben conver-

<sup>7</sup> KAUFMANN, *op. cit.*, p. 70.

tirse en meros mandatos de prohibición o castigo. No se ha de entender el Derecho como mero instrumento de coacción para lograr la sumisión o la obediencia pacífica y servil de los ciudadanos. (f) La normatividad jurídica ha de comprenderse no sólo desde la perspectiva de las reglas jurídicas, sino también desde los principios jurídicos. (g) Finalmente, debe precisarse que el Derecho Positivo puede regular perfectamente los espacios de libertad por medio de los derechos fundamentales. El grado de libertad que se disfruta en una comunidad puede ser determinado en atención al respeto que se tenga por estos derechos que son base para la obediencia del Derecho, en cuanto expresan objetivamente unos contenidos de justicia. Se supera de esta forma la consideración clásica de cierto positivismo ortodoxo que sólo encuentra en la seguridad y en la fuerza los fundamentos del deber de obediencia al Derecho, a costa del sacrificio de la justicia material.

### 1.5. El rol de una Constitución Política

Una Constitución normativa se erige en un catálogo concreto de principios cuyo carácter vinculante y fundacional del resto del ordenamiento jurídico permite que sea rechazada la validez de cualquier norma inferior que sea antinómica con la norma superior constitucional. Al respecto se destaca el hecho de que en Colombia se ha transitado de una Constitución meramente programática y exhortativa a una preceptiva, normativa y vinculante, en cuanto ya no se limita a una mera consagración nominal de ciertos derechos sino que permite la aplicación directa de los mismos y, adicionalmente, se han creado ciertos tipos de procedimientos destinados a hacer efectivos los derechos consagrados en la Carta como la tutela, desde los cuales se ha permitido el robustecimiento de la función judicial. La sustitución del Estado legislativo tradicional por el Estado Constitucional ha permitido recuperar el dinamismo de la función judicial, lo que se ha manifestado en el reencuentro del juez con la comunidad, por medio de la dirección de procedimientos que como la tutela o el amparo han revelado su compromiso definitivo con el derecho fundamental, concebido como *«patente para la creación de condiciones que disminuyan la desgarradora distancia que separa nuestro mundo cotidiano de exclusiones y penurias (de todo tipo), de ese estado ideal ético de plena realización humana que se conoce como la dignidad de la persona»*<sup>8</sup>. En este contexto resulta viable la función activa del juez al aplicar una Constitución normativa y no meramente programática, en aras de realizar la justicia material. *«La imagen del juez reformador social en un mundo de*

<sup>8</sup> CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis, 1999, p. 154.

*indolencia y corrupción político-administrativa, se asemeja a la de don Quijote con la lanza enderezando entuertos y desfaciendo agravios, sin muchos miramientos por el principio de las competencias restrictivas y taxativas del Estado liberal».<sup>9</sup>*

Es la Constitución un medio claro para que al hombre se le dé la oportunidad de participar abiertamente en un espacio democrático. Ha de crear medios dirigidos a la protección de los derechos que ella misma consagra, sin que sea dable admitir su restricción en función de una concepción extraña de orden público. Es en la Constitución Política en donde puede encontrarse el referente de todos los ciudadanos en torno a la libertad, lo que puede confrontarse en los diversos principios constitucionales. La Constitución ha de facilitar que el poder al que se funda sea liberado de su elemento de violencia, para ser asociado con la idea de capacidad para la acción concertada, sin que por esto se destruya la realidad del individuo concreto. Gracias a la Constitución el poder deja de ser arbitrario y se objetiva en un texto que permite una amplia participación entre todos los ciudadanos.

## 2. LOS DERECHOS HUMANOS

### 2.1. Humanismo jurídico y derechos humanos

El discurso sobre los derechos humanos posibilita el encuentro entre el humanismo jurídico y la dignidad humana. Los derechos humanos deben concebirse como pautas no absolutas que permiten conciliar los sistemas de legalidad con los de legitimidad y que, igualmente, facilitan una aproximación de los ordenamientos jurídicos hacia los cometidos de justicia que deben lograr. Los derechos humanos son puente claro para conciliar el Derecho que *es* con el Derecho que *debe ser*, es decir, con el Derecho Justo\*.

<sup>9</sup> Ídem.

\* Ciertamente los derechos humanos son *signo de los tiempos* como lo destaca Norberto Bobbio en varios escritos, en cuanto contribuye a mirar de forma temeraria, indiscreta e incierta pero confiada el futuro. El maestro italiano manifiesta que el debate actual sobre los derechos humanos «puede interpretarse como una “señal profética”, tal vez la única, de la tendencia de la humanidad “hacia lo mejor”, según la expresión de los tiempos». Se trata de un signo de los tiempos que ha permitido la convergencia de tres grandes corrientes del pensamiento político: liberalismo, socialismo y cristianismo social, aunque cada uno de ellos conserven sus identidades correspondientes, lo que hace difícil su integración en atención a las distintas fuentes de inspiración doctrinaria y por la diversidad de fines. Reconoce en los derechos humanos una idea que lo sume en la perplejidad, en cuanto representa ese ser contradictorio y ambiguo que es el hombre, no solamente desde el punto de vista de su miseria, sino también desde su grandeza potencial. BOBBIO, Norberto. *Los derechos humanos hoy en día*. En Norberto Bobbio: *el filósofo y la política* (Antología). (Trad. de José Fernández

Ha de considerarse que todo hombre tiene por naturaleza ciertos derechos valederos aunque no correspondan a los diversos ordenamientos jurídicos. En tal sentido se destaca la ampliación que realiza la Carta Política de Colombia en su artículo 94 al expandir los derechos a otros que aunque no tengan reconocimiento expreso en algún texto normativo, su aceptación se deriva de estar vinculados estrechamente con la persona humana (derechos inherentes o esenciales a la dignidad humana).

Los derechos humanos encuentran su justificación en el ámbito filosófico, ya que no pueden limitarse a un mero espacio de discusión jurídica; es desde el horizonte filosófico donde puede encontrarse una plataforma clara para escrutar cuál es el sentido y alcance de los derechos humanos. Existen autores que niegan esta posibilidad de búsqueda de legitimación o fundamentos, como Richard Rorty, al rechazarla como criterio preciso para escrutar lo que es el derecho humano. De otra parte, ha de reconocerse la existencia de una pluralidad de concepciones sobre los derechos humanos, en lo referente a los fundamentos y legitimación de los mismos, dependiendo de la postura que se tenga sobre el ser humano y la imagen de Derecho por ella implicada, a lo que se suma lo problemático de la relación entre teoría y práctica, ya que en el mundo de la cotidianidad o de la vida siguen creciendo las situaciones de injusticia, de barbarie, de atrocidades, incluso muchas de ellas cometidas a nombre de los mismos derechos y en defensa de unas mayorías dictatoriales\*.

Las épocas de barbarie por las que atraviesa actualmente la sociedad colombiana confrontan una doble experiencia en lo referente a los derechos humanos: de una parte se encuentra un discurso academicista que presenta los derechos humanos como la panacea, muy propio de los juristas que siguen alejados de las necesidades concretas de la sociedad; y de otra parte, en la práctica, se ha agudizado el conflicto interno, en el que ya no importa el uso de la razón sino que prima el poder de la fuerza brutal y ciega. Sin embargo, es preciso seguir trabajando por una sociedad más justa en la que se respeten los derechos humanos. Aunque se trate de un proyecto que no se realiza a corto plazo, debido a que su realización exige de esfuerzo

---

Santillán y Ariella Aureli). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 193-202.

\* Como variante se destaca la postura del profesor norteamericano Ronald Dworkin, para quien los derechos humanos constituyen triunfos políticos de las minorías, como puede confrontarse en los derechos morales que tienen los hombres en contra del Estado, en contra de determinadas decisiones que podría tomar una mayoría de ciudadanos; se restringe de esta forma constitucionalmente el poder de la mayoría.

constante en el tiempo, esto no puede implicar desesperanza. El maestro Bobbio sobre el particular advierte que el gran ideal de los derechos humanos invierte el sentido del tiempo en cuanto se proyecta a largo plazo. Manifiesta: «El *ethos* de los derechos humanos resplandece en rimbombantes declaraciones que casi siempre y casi en todas partes se quedan en el papel. La voluntad del poder dominó y sigue dominando el curso de la historia, y el único motivo de esperanza es que en la historia existen tiempos largos y tiempos cortos, más es mejor no ilusionarse, pues la historia de los derechos humanos es del primer tipo de tiempo. Por otra parte, desde siempre los profetas del mal agüero anuncian desastres próximos e invitan a ser vigilantes, mientras que los profetas de tiempos mejores miran a lo lejos»<sup>10</sup>. Pero esta proyección que se realiza en el tiempo no debe implicar omisión y negligencia frente a un compromiso que debe asumirse como prioritario.

Es importante velar no sólo por su enunciación sino que también es prioritario la definición de los medios de orden formal dirigidos a su actualización o efectividad cuando sean vulnerados o lesionados. Falta mayor compromiso en el ofrecimiento de soluciones frente a la problemática actual. Sin embargo, resulta importante el ejercicio académico, el esfuerzo teórico de reivindicar nuestras utopías, presentando un proyecto de compromiso con la obtención de sociedades más justas, sin caer en el ámbito de las consideraciones meramente emotivas e irracionales. Es posible aspirar a un diálogo sobre unos criterios mínimos en torno a los derechos humanos sin renunciar a la racionalidad.

Los derechos humanos se constituyen en medios claros para la consecución de los cometidos de justicia a los que aspira una sociedad. Sin embargo, la concepción de «*hominidad*» reflejada en la formulación de los derechos, determina la existencia de unos parámetros que definen una determinada sociedad y los cometidos de justicia que aspira alcanzar. En este estudio no se renunciará a esta posibilidad, pese al escepticismo y relativismo reinante. Teniendo unos criterios mínimos que permitan fundamentar el discurso sobre los derechos humanos, es posible potenciar el humanismo jurídico en el trabajo y quehacer de los juristas y diversos operadores jurídicos. Es aquí donde Derecho y Humanismo se encuentran con mayor intensidad. El Derecho debe reconocer los derechos humanos como exigencias éticas de contenido real, en cuanto han de referirse a la dignidad humana y a la

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *Los derechos humanos hoy en día*. En Norberto Bobbio: *el filósofo y la política* (Antología). (Trad. de José Fernández Santillán y Ariella Aureli). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 201.

libertad; pero ha de acudirse a bases filosóficas y racionales, para que los derechos no terminen siendo considerados como meras imposiciones de hecho.

*La idea de la personalidad humana, como sujeto de libertad, o sea, de derecho, no ha sido creada por la Jurisprudencia, sino que ha sido dada a la misma por la Filosofía. Lo mismo, naturalmente, puede decirse de la consiguiente igualdad entre los hombres. Tales supuestos filosóficos de la Jurisprudencia, con algunos corolarios que entonces parecía más necesario establecer, son el objeto de la Declaración de los derechos, que, de este modo, aspira a llevar el jus positum al jus naturae, la ciencia a la Filosofía del Derecho.*<sup>11</sup>

Los derechos humanos han de ser soporte de los diversos ordenamientos jurídicos positivos. Tienen un carácter normativo vinculante que no puede desconocerse por la comunidad destinataria. Desde ellos es posible fundar una nueva forma de Derecho Positivo que permita regir de forma idónea las relaciones de interferencia entre los hombres. En tal sentido se destaca la tolerancia como una forma de realización de los referidos derechos, como puede evocarse desde el pensamiento de Voltaire, para quien tolerancia es respeto, perdón y amor por el otro; supone la capacidad de aceptación del pensamiento del otro, facilitando el encuentro fraternal entre los distintos miembros de una colectividad, sin importar el pluralismo en materia de credo religioso, raza y opinión política. La condena de la sociedad está en la idolatría hacia las conductas tiránicas en donde reine la intolerancia<sup>12</sup>. La tiranía ha de rechazarse como huella clara de mansedumbre y negación de la dignidad humana.

## **2.2. La polisemia en la comprensión de los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales**

Resulta complejo determinar los contenidos a los que debe referirse el concepto «derechos humanos», aunque no puede renunciarse a su determinación y a su justificación en el contexto de la filosofía y de la ética. La equívocidad en el tratamiento de esta problemática sobre el discurso de los derechos humanos es lo que refleja la polisemia en el momento de abordar

<sup>11</sup> DEL VECCHIO, Jorge. *Persona, Estado y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 171.

<sup>12</sup> VOLTAIRE. *Diccionario Filosófico*. Buenos Aires: Sophos, 1960, T. III, p. 62-63.

el concepto y de explicarlo. No debe reducirse el derecho humano a un concepto abstracto e ininteligible sobre la naturaleza de los seres humanos o de racionalidad mal concebida, pero tampoco debe caerse en un pragmatismo sin sentido.

Es difícil precisar el alcance y la significación, además de lo complejo que resulta identificar los sujetos titulares o destinatarios de los derechos humanos. *«Resulta evidente que el problema de la definición de los derechos humanos está ligado al de su fundamentación. Esto quiere decir que distintos modos de fundamentar los derechos del hombre conducen también a definiciones no coincidentes de esta clase de derechos, aunque entre tales definiciones pueda percibirse a veces un núcleo común a todas ellas, especialmente en lo relativo a que se trata de derechos que el derecho positivo debe en todo caso consagrar, garantizar y promover».*<sup>13</sup>

Los «derechos» se conciben como poderes de las personas, jurídicamente exigibles, que se dirigen a preordenar determinadas conductas, en pro de realizar paz social y el bien común en una comunidad política. Y la comprensión del término que califica, es decir, «humanos», depende de la concepción filosófica a la que se adhiera quien pretenda aproximarse con cierto rigor al concepto, aunque su raíz yace en el carácter realmente humano de sus titulares, como lo sostiene el profesor de filosofía del Derecho Carlos I. Massini Correas: *«[...] sea por su referencia al estatuto óntico del hombre, como por su vínculo con su perfección o actualización, es indudable que cuando se habla de derechos humanos se quiere significar que su raíz, título o fundamento se encuentra radicalmente en el carácter humano de sus titulares y en las principales dimensiones del perfeccionamiento de esa humanidad».*<sup>14</sup>

De otra parte, se confronta que en ciertas ocasiones se utilizan los términos «humanos» y «fundamentales» en idéntico sentido, e igualmente también se constata que se han presentado como expresiones de realidades diferentes. Sobre esta relación se encuentran dos senderos que se proceden a identificar:

- Una manera de concebir los derechos fundamentales sería la de comprenderlos como especie de los derechos humanos, y serían

<sup>13</sup> SQUELLA, Agustín. *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, 2ª ed. Ciudad de México: Fontamara, 1998, p. 92.

<sup>14</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I. *Filosofía del Derecho; el Derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 87.

aquellos derechos reconocidos por los estados en sus cartas políticas\* y, además, los derechos humanos reconocidos en el contexto de los tratados y convenios en materia de Derecho Internacional, vinculando a la comunidad internacional, lo que revela un alcance universal, en cuanto son normas que sobrepasan las fronteras de los estados, que no pueden limitarse durante los estados de excepción. En este sentido se destaca la importancia del derecho de gentes, desde el cual se aspira a encontrar pautas de legitimidad que superen las fronteras de los estados nacionales. Los derechos fundamentales son referentes positivos sobre las necesidades o pretensiones básicas de los seres humanos, en los que incluso debe soportarse la validez material del ordenamiento jurídico, permitiendo su legitimación democrática\*\*.

- La otra forma de entender la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales es considerar que los primeros son los derechos primarios de la persona y que conciernen indistintamente a todos los seres humanos (vida, integridad, libertad personal, liber-

\*Entorno a la fuente constitucional, el profesor colombiano Tulio Elí Chinchilla Herrera sostiene: «En la teoría jurídica contemporánea se tiende a un primer consenso lingüístico al respecto: Se ha concertado llamar derechos fundamentales a los derechos humanos que han adquirido la positivación necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente en el orden constitucional, y que, por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva [...] Son derechos constitucionalizados mediante la técnica especial de reconocimiento, definición y protección [...] Ha venido a ser el primer requisito de fundamentalidad, la constitucionalización; es decir, su inclusión explícita en norma de rango fundamental o la posibilidad de fundamentarlo en un enunciado perteneciente a la norma fundamental». Como segundo requisito a tener en cuenta considera el de las garantías reforzadas: «[...] en rigor constitucional, sólo puede hablarse de derechos fundamentales –como categoría especial de derechos– en aquellos ordenamientos en los cuales cierto grupo privilegiado de derechos constitucionalmente reconocidos recibe un tratamiento garante cualificado (“tutela reforzada” dicen los juristas españoles) frente a intentos de violación, desconocimiento, desdibujamiento reglamentario o reforma restrictiva, todo ello en razón de que tal grupo privilegiado de derechos es asumido como concreción de los postulados ético superiores y fundamento del orden sociopolítico justo y pacífico». Cfr. CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí, *op. cit.*, p. 58, 67.

\*\*Según Manuel José Cepeda, los derechos económicos, sociales y culturales se integran con los civiles y políticos, constituyendo un todo inescindible en cuanto que su base yace en el reconocimiento de la dignidad humana. Se afirma que el carácter de «fundamental» de un derecho no hace relación a su mayor importancia frente a otros derechos considerados no fundamentales, sino a su naturaleza jurídica y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de caso. Para el respetado constitucionalista colombiano: «Es claro que los derechos inherentes a la persona humana son fundamentales, cualquiera que sea el criterio utilizado para identificar esta categoría de derechos. No se trata de una cuestión retórica». Cfr. CEPEDA, Manuel José. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1992, p. 3. Nótese que se terminan escindiendo las categorías «humano» y «fundamental».

tad de conciencia, libertad de comunicación del pensamiento, salud, educación, debido proceso). Los derechos fundamentales comprenderían cuatro tipos de derechos: los derechos humanos o de personalidad, que estarían adscritos a todas las personas; los derechos públicos (derechos primarios de los ciudadanos, como los de residencia y circulación en el territorio, reunión, asociación, trabajo, asistencia a quien es inhábil, etc.); los derechos civiles (derechos instrumentales adscritos a todas las personas con capacidad de obrar, como la libertad contractual, libertad de elegir, libertad de cambiar trabajo, potestad de negociar, derechos potestativos) y, finalmente, los derechos políticos, reservados a los ciudadanos con capacidad de obrar (Cf. voto, acceso a cargos públicos).

Cuando en diferentes ordenamientos jurídicos son acogidos los derechos humanos lo han realizado con la denominación de *fundamentales*. Su significación y alcance se ha hecho más universal, y cobra cada vez más importancia el Derecho humanitario. Los derechos fundamentales se deben concebir como reales puentes de conciliación del pluralismo y de las particularidades con lo universal; son los cánones de la tolerancia que debe reinar en toda sociedad humana y parámetros garantes para facilitar su convivencia en los correspondientes espacios públicos. «*Los derechos fundamentales como elementos del orden jurídico positivo son aquellas situaciones ventajosas que, por tener una fundamentación axiológica sólida [...] y por constituir pilares sobre los cuales se edifica el orden sociopolítico canonizado como modelo constitucional, se encuentran revestidos de una diversificada constelación de garantías que refuerzan significativamente su eficacia, y de esta guisa representan la máxima capacidad de reclamación moral en la vida de un Estado*». <sup>15</sup>

Los derechos fundamentales de personas y de grupos son el *ethos* del hombre de nuestro tiempo; pautas que determinan validez y legitimidad de los diversos sistemas de legalidad. Otorgan protección a las personas frente al Estado, ya que éste adquiere su legitimidad siempre y cuando respete y garantice el ejercicio de los derechos fundamentales, erigidos en límites frente a las diversas instancias de emanación de poder en los correspondientes procesos de creación de normas jurídicas; garantizan un estatuto jurídico de la persona humana; y, finalmente, abarcan el ámbito de conformación de la propia vida (derechos individuales), la igualdad ante la ley y la participación en la vida política. «*De esta forma, la naturaleza social del Estado de derecho y el valor normativo de la Constitución han adquirido*

<sup>15</sup> CHINCHILLA HERRERA, *op. cit.*, p. 153.

plenamente vigencia, como se hace evidente en el traslado del poder político a la persona, el reconocimiento y protección de sus derechos fundamentales y la vinculación de todas las autoridades a la Constitución, así como a sus desarrollos jurisprudenciales».<sup>16</sup>

El contenido de los derechos fundamentales se proyecta a todo el Derecho, y permite una dirección de la normatividad hacia unos fundamentos de paz y de justicia que aseguren la permanencia de toda la comunidad política, como lo destaca el constitucionalista Eduardo Cifuentes: «El derecho ordinario ha de ser interpretado de acuerdo con el “espíritu” de los derechos fundamentales. En este sentido, la jurisdicción ordinaria está llamada a privilegiar la interpretación teleológica sobre la exegética, dada la primacía de esta parte la Constitución sobre su cuerpo orgánico y, sobre todo, por ser los derechos fundamentales “fundamento de toda comunidad política, de la paz y de la justicia”, según lo establecen las declaraciones internacionales de derechos humanos»<sup>17</sup>. No se les puede considerar bajo listas taxativas y su fundamentación ha de nutrirse no sólo del concepto jurídico por su positivización, sino de contenidos filosóficos, morales, políticos. Además, resulta imposible su interpretación a través de las reglas propias del silogismo simple.

Al ser toda la Constitución norma jurídica y al tener todos los derechos fuerza jurídica, cada juez tiene ante sí la noble tarea de interpretarlos para darles vida en casos concretos. Sin embargo, con una lectura rápida de la Carta de Derechos se puede apreciar que la letra de sus normas es muy diferente a la de los artículos de los códigos y leyes usualmente invocados en los procesos penales, laborales, civiles y contencioso-administrativos. Las normas de la Carta de Derechos no se prestan a la interpretación silogística, ni a las reglas de la hermenéutica tradicionales. Por eso, el juez inevitablemente tiene que asumir un nuevo papel, para resolver un caso a la luz de los derechos constitucionales y también frente a la capacidad de la Carta de Derechos para penetrar en esferas de la vida que tradicionalmente han sido consideradas ajenas al derecho público<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Derechos fundamentales e interpretación constitucional. *Revista Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla*. N.º 6. Temas Constitucionales. Bogotá, 1993, p. 26.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>18</sup> CEPEDA, *op. cit.*, pag. 13.

### 2.3. Derechos humanos, regímenes democráticos y sociedades libertarias. *Propuesta de John Rawls*

Aunque falte unanimidad, en atención a su fundamentación y a su utilización ideológica, la enseñanza de los derechos humanos es un eje central para la consolidación de un régimen democrático, pero no sólo en el ámbito local sino también en el contexto internacional. Al respecto, el maestro Bobbio sostiene que la democratización progresiva del sistema internacional no puede lograrse sin una protección de los derechos humanos. Asocia tres momentos considerados como necesarios dentro del mismo movimiento histórico: democracia, derechos humanos y paz. Destaca: «*sin el reconocimiento y la protección específica de los derechos humanos no hay democracia; sin ésta no existen condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos entre individuos y grupos y entre esas grandes comunidades tradicionalmente rebeldes y tradicionalmente autocráticas que son los Estados, aun cuando éstos sean democráticos con sus propios ciudadanos*». <sup>19</sup>

Los derechos humanos son basamentos requeridos por las comunidades políticas para lograr su permanencia, sin permitir el sacrificio de las libertades individuales a costa de los entes colectivos. Este último aspecto ha sido asumido como reto en las sociedades libertarias; sin embargo, se precisa que la igualdad de oportunidades y de los derechos fundamentales resultan ilusorios en aquellas sociedades que bajo la directriz de la mera libertad de mercado no se ocupan de los derechos de las personas que por razones económicas, culturales y sociales tienen dificultad al acceso de las instituciones políticas. Es necesario un compromiso mayor para que los hombres puedan acceder a la institucionalidad y no se sientan discriminados en la práctica.

● ***Propuesta de Rawls sobre los derechos humanos desde el derecho de gentes:*** Los derechos humanos expresan los rasgos básicos del modo de ser humano. Al respecto, John Rawls cuestiona la adopción de una concepción utilitaria y sostiene que los derechos humanos son criterios mínimos que han de orientar las sociedades políticas que se han de guiar por una concepción de justicia como bien común y no como teoría de lo bueno (propia del lenguaje utilitarista). Sostiene que dichos derechos no dependen de ninguna, doctrina moral comprensiva o concepción filosófica de la naturaleza humana según la cual todos los seres humanos son personas

<sup>19</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 195.

morales y tienen igual dignidad que los invisten de esos derechos; punto ciertamente problemático<sup>20</sup>. Sin embargo, para este pensador la referida problemática debe tener en la temática del acuerdo un punto básico para su comprensión: «*Los derechos humanos fundamentales expresan un patrón mínimo de instituciones políticas bien ordenadas para todos los pueblos que pertenecen, como miembros de buena fe, a una justa sociedad política de pueblos. Cualquier violación sistemática de tales derechos es una falta grave que afecta a la sociedad de los pueblos todos, liberales y jerárquicos*»<sup>21</sup>. Es precisamente en este contexto en el que Rawls justifica la existencia de un derecho de gentes que respete los derechos humanos fundamentales, con alcance universal, como producto de un acuerdo propio de sociedades liberales y no liberales.

El emérito profesor de Filosofía de la Universidad de Harvard no circunscribe los derechos humanos a un orden jurídico en particular, ni tampoco los limita a una determinada constitución democrática, dado el papel especial de estos derechos en un razonable derecho de gentes para la época presente, excluyendo su adscripción a un ordenamiento jurídico determinado, porque se renunciaría a una concepción universalista sobre los mismos. Sostiene que los derechos humanos «*constituyen una categoría especial de derechos de aplicación universal, difícilmente controvertibles en su intención general. Son parte de un razonable derecho de gentes y fijan límites a las instituciones domésticas exigidas por ese derecho a todos los pueblos. En este sentido, establecen la última frontera del derecho doméstico admisible en sociedades integrantes de buena fe de una justa sociedad de los pueblos*».<sup>22</sup>

De esta forma, Rawls contempla la posibilidad de un alcance universal para los derechos humanos, pese a las fronteras culturales, políticas y económicas de los distintos pueblos; se manifiestan en sociedades fundamentalmente liberales, pero es posible extenderlos a las sociedades jerárquicas bien ordenadas; por esto han de rechazarse los regímenes tiránicos y dictatoriales, los estados expansionistas de cualquier signo y aquellos que patrocinan las guerras religiosas. El ilustre profesor reconoce la dificultad de establecer una solución pacífica para la problemática, pero considera que el derecho de gentes o de los pueblos ha de tener un alto contenido ético, que ha de permitir resolver las cuestiones constitucionales fundamentales y los asuntos de la justicia básica en la sociedad de los pueblos y que ha

<sup>20</sup> RAWLS, John. El Derecho de Gentes. En LUKES, Steven *et al.* *De los derechos humanos*. (Trad. de Hernando Valencia Villa). Madrid: Trotta, 1993, p. 71.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 74.

de estar fundado también en una concepción política pública de la justicia y no en una doctrina moral, filosófica o religiosa comprensiva<sup>23</sup>.

La concepción de justicia como bien común, desde la propuesta rawlsiana, posibilita el respeto por los derechos humanos fundamentales. Se ofrece de esta forma una concepción constructivista, en la que los derechos humanos no expresan una doctrina filosófica fundacional, sino un criterio mínimo de las sociedades políticas que se orientan por una consideración de justicia como bien común, fijando incluso un límite al pluralismo de los pueblos. Este elemento es precisamente la fuente de los límites al poder político, expresado en tres funciones específicas: (1) Son una condición indispensable para la legitimidad del régimen y de la decencia de su orden jurídico. (2) Al operar correctamente, son suficientes para excluir la justificada intervención de otros pueblos. (3) Fijan un límite al pluralismo entre los pueblos<sup>24</sup>.

#### 2.4. Crítica a la postura del positivismo jurídico sobre los derechos humanos

La teoría de los derechos humanos tiene una tradición milenaria en Occidente, con una orientación marcadamente teísta en sus inicios. Sin embargo, debe precisarse que desde la codificación francesa de principios del siglo XIX y hasta fines de la Segunda Guerra Mundial, el auge del positivismo jurídico relegó a un segundo plano los derechos humanos, para sólo dotar de validez aquella norma que fuere emitida por el funcionario competente mediante el procedimiento apto para su generación. Sólo se daba prelación al derecho positivo y se desconocía la importancia de derechos anteriores a aquél, con lo cual se reducía al sujeto de derecho a mero «centro de imputación jurídica», a una «ficción» interferida exclusivamente por normas positivas que no debían tener por soporte principios de carácter suprapositivo. En sede de los positivismos jurídicos se niega la existencia de estos principios y dada la imposibilidad de su verificación se rechazan como soportes de los ordenamientos jurídicos, negando su carácter vinculante. Es necesario reconocer en la concepción iusnaturalista la existencia de los derechos humanos y su importancia en la fijación de criterios para la generación de las diversas normas positivas, en atención a la condición humana y a las dimensiones propias de la personabilidad. En estos fundamentos racionales se acepta la imposibilidad de reducir las realidades humanas a regulaciones de orden formal establecidas por el

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 82, 85.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 74-75.

legislador; al contrario, en estos principios asociados a la naturaleza humana y a su dignidad se soporta todo el andamio positivo\*.

Tras la Segunda Guerra Mundial, todo aquel catálogo de pautas objetivas que son anteriores al resto del ordenamiento jurídico positivo fue recogido en las diversas constituciones, comenzando por las europeas continentales y luego las americanas; aunque debe tenerse en cuenta la importancia del derecho de gentes en el tratamiento de esta problemática, ya que es posible aspirar a un reconocimiento de unas pautas que deben respetarse en diversas sociedades. Los derechos humanos son consagrados en las normas principales de los textos constitucionales y se erigen en parámetros para la creación, integración e interpretación de todo el ordenamiento jurídico.

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresa mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial)*. O sea, con el sometimiento de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones<sup>25</sup>.

\* Una variante de esta dirección iusnaturalista se encuentra en los documentos de la Iglesia. En el documento conciliar *Gaudium et Spes* se resalta la importancia de una fundamentación previa a la ley positiva, radicada en la dignidad humana y libertad. Se indica que es en la profundidad de la conciencia humana el sitio en el cual se descubre una ley a la que se debe obedecer y cuya voz exhorta a que se haga el bien y se evite el mal, se haga determinada acción o se evite cuando no conviene. «La Constitución ha hecho un verdadero esfuerzo por presentarnos una descripción lo más completa posible sobre el hombre. Nos presenta la constitución "ontológica" y la constitución "histórica" del hombre, las cuales tienen su expresión máxima en la persona de Jesucristo, el "hombre nuevo", en el cual se sintetiza y adquiere sentido toda la realidad humana» (cfr. RESTREPO, Gonzalo. La antropología en la «Gaudium spes». *Revista Cuestiones Teológicas y Filosóficas*, p. 7-24. Facultad de Ciencias Eclesiásticas. U.P.B. Año 21, N° 57. I, 1995, p. 22-23). El bien común es la medida de la fraternidad universal y del desarrollo de una doctrina sobre el derecho humano, entendiendo por *bien común* el conjunto de condiciones de la vida social que permiten al individuo y a la sociedad alcanzar la perfección debida a su naturaleza; en el orden social tiene base el bien común en el cual se realiza la justicia. El reconocimiento por los derechos humanos del «tú» supera a la ética individualista, en la que cada individuo sólo se ocupa del «yo».

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías; la ley del más débil*. (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andréa Greppi). Madrid: Trotta, 1999, p. 66.

## 2.5. Fundamentación de los derechos humanos

Resulta ciertamente problemático encontrar criterios de orden fundacional que sustenten la existencia del derecho humano. Para el profesor Carlos Massini Correas, el fundamento de los derechos humanos «no puede radicar sino en algo que se imponga al hombre absolutamente y que, por lo tanto, trascienda su conciencia y de lo que el mismo hombre no pueda disponer. Ahora bien, esa realidad gnoseológicamente trascendente al sujeto es el carácter que le otorga una especial dignidad o eminencia y lo coloca sobre el resto de las cosas del universo»<sup>26</sup>. Sin embargo, esta pretensión de hallar fundamentos previos al derecho humano ha sido muy cuestionada. Desde la modernidad, autores como Rawls consideran que los derechos humanos no expresan una doctrina filosófica fundacional, y que tampoco puede encontrarse una legitimación filosófica sobre los mismos, sino que más bien ha de buscarse una determinada concepción política pública de la justicia.

Richard Rorty, profesor de Humanidades de la Universidad de Virginia, apoyándose en un discurso que él mismo califica como pragmático y no metafísico ni metaético, ha considerado que la búsqueda de un fundamento de los derechos humanos en hechos relativos a la naturaleza humana o en la racionalidad está condenada al fracaso, por cuanto se ha centrado la justificación en un concepto falaz sobre la esencia humana. En tal sentido presenta una crítica severa a cualquier pretensión filosófica de fundamentar los derechos humanos. Cuestiona de esta forma a los filósofos:

*Los filósofos han tratado de aclarar este embrollo al señalar qué es lo que todos los bípedos implumes y sólo ellos tienen en común, y qué es esencial para ser humano. Platón sostuvo que hay una gran diferencia entre nosotros y los animales, una diferencia digna de respeto y de fomento. Pensaba que los seres humanos tienen un ingrediente especial adicional que los coloca en una categoría ontológica diferente a la de los brutos. El respeto por este componente ofrece una razón para que las personas tengan consideración las unas por las otras. Los antiplatónicos como Nietzsche replican que los esfuerzos por evitar que la gente deje de matarse, violarse y castrarse están condenados al fracaso porque la verdad real acerca de la naturaleza humana es que somos animales excepcionalmente desagradables y peligrosos. Cuando los admiradores contemporáneos de Platón afirman que todos los bípedos implumes –incluso los estúpidos e infantiles, incluso las mujeres, incluso los sodomizados– tienen los mismos derechos inalienables, los admiradores de Nietzsche replican que la idea*

<sup>26</sup> MASSINI CORREAS, *op. cit.*, p. 125.

*misma de los derechos humanos inalienables es, como la de un ingrediente especial adicional, un intento patético de los miembros débiles de la especie para contener a los más fuertes.*

*En mi opinión, un importante avance intelectual de nuestro siglo es el interés cada vez menor en la disputa entre Platón y Nietzsche. Existe una voluntad creciente de eludir la pregunta «¿Cuál es nuestra naturaleza?» y sustituirla por «¿Qué podemos hacer de nosotros mismos?». Somos muchos menos proclives que nuestros antepasados a tomar en serio las «teorías de la naturaleza humana» y a considerar la ontología o la historia como guías para la vida. Hemos llegado a considerar que la única lección de la historia o la antropología es nuestra extraordinaria maleabilidad. Tendemos a pensar de nosotros mismos como animales flexibles, proteicos, que se dan su propia forma, más que como animales racionales o crueles»<sup>27</sup>.*

Rorty rechaza el fundacionalismo de los derechos humanos por considerarlo anacrónico, y expresa una serie de dudas sobre la efectividad de las apelaciones al conocimiento moral y que están referidas a la eficiencia causal y no al estatuto epistémico. Estima que nada relevante para la decisión moral separa a los seres humanos de los animales, excepto hechos históricos, contingentes y culturales. La cultura de los derechos humanos es un nuevo hecho sobre un mundo que no necesita de fundamentos en el saber moral o en el conocimiento de la naturaleza humana, ya que debe más el progreso a la educación sentimental que a cualquier avance del conocimiento moral. Se considera que con el progreso continuo de la educación sentimental resulta viable hacer avanzar la cultura de los derechos humanos.

Según Rorty: «Apoyarse en las propuestas del sentimiento en lugar de los mandatos de la razón es pensar en que los poderosos dejen de oprimir a los demás o de tolerar que sean oprimidos por pura consideración y no por obediencia a la ley moral [...] Queremos que el progreso moral surja de abajo en lugar de esperar pacientemente a que nos sea concedido desde arriba»<sup>28</sup>. Pero esta interpretación sobre los derechos humanos, teniendo en cuenta la educación de los sentimientos, resulta extrema al excluir la posibilidad fundacional desde la filosofía, y degenera en un relativismo extremo que excluye la posibili-

<sup>27</sup> RORTY, Richard. Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad. En LUKES, Steven et al. *De los derechos humanos*. (Trad. de Hernando Valencia Villa). Madrid: Trotta, 1993, p. 119-120.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 132.

dad de fundamentar racionalmente el discurso sobre los derechos humanos.

En este estudio se considera que es posible construir una fundamentación filosófica en torno a los derechos humanos, sin que por esto se esté asiendo de categorías racionalistas extremas o producidas por la metafísica tradicional. Es posible reconocer en la filosofía una justificación racional que dote a los derechos de sentido para que puedan ser exigidos en las distintas comunidades políticas. Los derechos humanos son pautas que preexisten a las mismas leyes positivas; *«se presentan como derechos subjetivos que tienen su título –o fundamento, o justificación– en las notas esenciales del modo de ser del hombre –en lo que podríamos llamar la «hominidad»– o en algunas de sus dimensiones perfectivas próximas, y que –además– se poseen, lo establezca o no la legislación positiva y aun en contra de ella»*<sup>29</sup>. Si son considerados como derechos naturales, los derechos humanos son anteriores a las sociedades, porque preceden la constitución del contrato social; pero su reconocimiento ha sido el producto de conquistas no fácilmente obtenidas por la humanidad. No pueden entenderse como el producto de la racionalidad ilustrada, como meras exigencias de individuos autosuficientes.

Debe ponerse en tela de juicio el fundamento racional argüido por la Ilustración para justificar la existencia de los derechos humanos, toda vez que resulta reductivo y circunscrito a lo meramente instrumental. De otra parte, se precisa que no puede dotarse a estos derechos de contenidos de valor absoluto, desarrollados bajo una lógica «ciega» del fundamento dogmático que desconoce las realidades concretas. Ha de evitarse la construcción de un discurso que revestido de «ropaje» supuestamente humanista termine socavando las particularidades. *«Son, precisamente, derechos de los hombres y para los hombres y nada en lo humano es absoluto»*<sup>30</sup>. Sin embargo, se hace necesario institucionalizar su fundamentación y crítica en los procedimientos jurídicos y garantizarlos ius-fundamentalmente. Al respecto debe destacarse la importancia de la argumentación, de la posibilidad de ofrecer razones en las que se permita la posibilidad de participación del otro, es decir, donde se permita el disenso y que no sea excluida la minoría por un régimen tiránico de mayorías.

Se destaca la fundamentación desarrollada por algunos pensadores, filósofos del derecho contemporáneo como los maestros alemanes Robert

<sup>29</sup> MASSINI CORREAS, *op. cit.*, p. 88.

<sup>30</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. (Trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 337.

Alexy\* y Jürgen Habermas\*\*, quienes acuden a justificar la referida institucionalización en cuanto a la fundamentación de los derechos, bajo los parámetros formales de la argumentación y del consenso. Se sostiene que es posible una libertad libre de coacciones, siempre y cuando se recree el contrato social continuamente. Se apela a normas aceptadas bajo líneas del consenso. El sujeto moderno es un sujeto deliberante, participante y crítico, que aspira a la libertad y la autonomía; siendo el lenguaje y el actuar pautas de comprensión con el otro.

### 3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL HUMANISMO

#### 3.1. La iusfilosofía y el hombre

La filosofía del Derecho se erige en un baluarte claro para humanizar lo normativo, en cuanto propone un Derecho ideal que sirva de derrotero al Derecho positivo, el cual encuentra sentido en la condición humana y en el respeto claro por los derechos humanos. Precisamente de confrontar ese Derecho Ideal (Derecho que debe ser) con el Derecho Positivo se desprenden las valoraciones y los juicios críticos que puede hacer la filosofía. Es el hombre el autor de la filosofía, una disciplina racional que no se puede considerar inferior a la actividad científica tradicional, sino como un saber realmente distinto que lo dignifica, que le permite ascender paulatinamente de su situación de ser miserable, necesitado y deficitario hasta ir logrando una comprensión integral de su realidad y de su entorno por medio de un esfuerzo metódico y racional por el que explora en todas las situaciones límites una diversidad de fuentes en las que puede apoyarse (referidas al ser, al pensar –conocimiento–, y por último, al actuar y a los valores). Desde esta perspectiva, la filosofía del derecho, como filosofía que es, ha de ser una

---

\* Alexy concibe las reglas del discurso como referentes para fundamentar la teoría de los derechos humanos y fundamentales, la cual se desarrolla a la par con la teoría del Estado Constitucional Democrático. La necesidad del Derecho aparece justificado no sólo en razones de utilidad, sino también en los derechos humanos. (ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. (Trad. de Luis Villar Borda). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 136).

\*\* Habermas concreta en el argumento del consenso el elemento central de fundamentación del sistema de derechos, que los ciudadanos tienen que guardar recíprocamente, si quieren regular legítimamente su vida en común con medios del derecho positivo. La legitimidad del derecho se vincula con la aceptación universal. Los derechos fundamentales son generados por el ejercicio público de la autonomía, es decir, por medio de una fundamentación teórico-discursiva mediata. En este espacio se requiere de la comunicación, lo cual da importancia a una razón de tipo dialógico. (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. (Trad. Manuel Jiménez R.). Madrid: Trotta, 1998, p. 689).

actividad netamente *erótica*, en el sentido utilizado por Platón en uno de sus diálogos sobre el amor\*, ha de promocionar el conocimiento integral del fenómeno jurídico por medio de un esfuerzo «místico» y de compromiso, en aras de promocionar una inserción clara de lo normativo en su entorno cultural.

### 3.2. La justicia como temática central de la filosofía del Derecho

Es difícil hallar uniformidad en la identificación de las temáticas de la filosofía jurídica en lo referente al número y denominación de las mismas; pero es la temática de la justicia la que se erige en piedra angular de la filosofía jurídica. Precisamente en este apartado temático resulta posible reflexionar sobre esos criterios mínimos de racionalidad práctica que la hacen posible, como son los derechos humanos. En este estudio se comparte la propuesta del profesor Kaufmann de considerar la persona como el dato objetivo que permite concretar la problemática del Derecho justo. Conside-

---

\* Al respecto resulta sumamente ilustrativo el diálogo platónico *Simposio (Banquete) o De la Erótica*, desde el cual puede considerarse la Filosofía como *Erótica*, como actividad que permite ascender gradualmente de la ignorancia a la sabiduría, promocionando el desarrollo humano en su actividad intelectual. Se trata de que el filósofo asuma su papel de *Eros*. Para esto se transcribe del diálogo el relato sobre su nacimiento: «[...] Los demonios son muchos y de muchas clases, y *Eros* es uno de ellos. —¿A qué padres debe su nacimiento? —pregunté a *Diotima*. —Voy a decírtelo —respondió ella—, aunque la historia es larga. Cuando el nacimiento de *Afrodita*, hubo entre los dioses un gran festín, en el que se encontraba, entre otros, *Poros*, hijo de *Metis*. Después de la comida, *Penia* se puso a la puerta para mendigar algunos desperdicios. En este momento, *Poros*, embriagado con el néctar (porque aún no se hacía uso del vino), salió de la sala, y entró en el jardín de *Zeus*, donde el sueño no tardó en cerrar sus cargados ojos. Entonces, *Penia*, estrechada por su estado de penuria, se propuso tener un hijo de *Poros*. Fue a acostarse con él, y se hizo madre de *Eros*. Por esta razón *Eros* se hizo el compañero y servidor de *Afrodita*, porque fue concebido el mismo día en que ella nació; además de que el amor ama naturalmente la belleza y *Afrodita* es bella. Y ahora, como hijo de *Poros* y de *Penia*, he aquí cual fue su herencia. Por una parte es siempre pobre y lejos de ser bello y delicado, como se cree generalmente, es flaco, desaseado, sin calzado y sin domicilio, sin más lecho que la tierra, sin tener con qué cubrirse, durmiendo a la luna, junto a las puertas o en las calles; en fin, lo mismo que su madre, está siempre peleando con la miseria. Pero, por otra parte, según el natural de su padre, siempre está a la pista de lo que es bello y bueno, es varonil, atrevido, perseverante, cazador hábil; ansioso de saber, siempre maquinando algún artificio, aprendiendo la felicidad, filosofando sin cesar; encantador, mágico, sofista. Por naturaleza no es ni mortal, ni inmortal, pero en un mismo día aparece floreciente y lleno de vida, mientras está en la abundancia, y después se extingue para volver a revivir, a causa de la naturaleza paterna. Todo lo que adquiere lo disipa sin cesar, de suerte que nunca es ni rico ni pobre. Ocupa un término medio entre la sabiduría y la ignorancia, porque ningún dios filosofa ni desea hacerse sabio, puesto que la sabiduría es ajena a la naturaleza divina, y en general el que es sabio no filosofa, ni desea hacerse sabio, porque la ignorancia produce precisamente el pésimo efecto de persuadir a los que no son bellos, ni buenos, ni sabios, de que poseen estas cualidades; porque ninguno desea las cosas de que se crea provisto». Cf. PLATÓN. *Banquete*. Madrid: Guadarrama, 1973.

ra que es el hombre el objeto que ha de buscar básicamente el Derecho, en aras de concretar lo justo, pero no el hombre *noumeno* sino el hombre como persona, en atención al conjunto de relaciones en que se encuentran con los otros y con las cosas. Son las relaciones personales del ser humano las que el discurso jurídico como tal identifica, ya que en principio siempre se legitima el derecho del modo en que *a cada quien confiere competencia como persona* (sobre todo con la *garantía de los derechos fundamentales y humanos*). Precisa que cuando se habla de persona no se refiere a sustancia, sino a relación, y en este sentido remite al círculo (*hermenéutico*) como elemento básico para la comprensión de la persona humana. Se propone elaborar una *teoría procesal de la justicia basada en la persona*<sup>31</sup>. Ha de accederse a un discurso real, que genere decisiones materialmente justas, sin obviar las reglas y condiciones que aseguren dicho producto (teoría procedimental) bajo un sustento personalístico, como lo sostiene Kaufmann; para este autor, elaborar una teoría que amalgame ambas realidades resulta ser una tarea de todos aquellos a quienes está confiado el derecho, y se necesita del discurso pero no sólo en la forma de un modelo de pensar ficticio, sino sobre todo en la forma de comunidades realmente existentes de argumentación, en las cuales exista intercambio de experiencias y convicciones sobre las cosas. La persona como relación, inmersa en las realidades que se vienen destacando, supera concepciones procesales puras sobre la justicia y termina erigiéndose en el elemento legitimador del ordenamiento jurídico.

#### 4. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA FRENTE AL NUEVO HUMANISMO JURÍDICO

##### 4.1. La hermenéutica jurídica y la labor de interpretación específica de los textos normativos

La hermenéutica jurídica es una actividad concreta que da cuenta de las propiedades de la interpretación jurídica y expresa la relación del hombre con la normatividad; relación que debe garantizarse en un cierto margen de libertad que permita hacer coincidir justicia con legalidad, facilitada por un intérprete que debe superar la distancia ontológica que existe entre el caso particular que debe ser interpretado y la generalidad del texto normativo.

El humanismo jurídico reclama una vocación clara de los operadores jurídicos o juristas por la hermenéutica, teniendo en cuenta que el Derecho ha de dirigirse por una orientación radicalmente hermenéutica, lo que permite superar la concepción decimonónica que se tenía sobre el mismo y

<sup>31</sup> KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 509.

que le impedía al abogado ofrecer soluciones claras. El hombre encuentra en el Derecho la posibilidad de hallar una sociedad justa; por esto ha de procurar que el texto normativo no se fije y frene el dinamismo de la sociedad, en atención a su generalidad y atemporalidad manifiesta.

En este contexto, el caso y la norma entran en una relación mutua que no puede implicar el sacrificio de uno de los dos elementos en aras de asegurar una aplicación correcta del Derecho que evite los extremos de un normativismo exagerado o de un «pragmatismo» absurdo; aunque debe aceptarse que el caso se constituye en el motor que impulsa al intérprete, orientándole a direcciones específicas que han de determinar el sentido de la aplicación. El caso reclama de una interpretación dinámica de la norma, siempre y cuando se haya posibilitado una comprensión adecuada de aquél por medio de la categorización de su sentido y de su valor. Se manifiesta una relación «bipolar» entre ambos espacios, lo que posibilita de esta forma la aplicación correcta del Derecho, en la que no se debe prescindir del elemento normativo y sin que pueda admitirse una solución meramente emotiva e irracional frente a un determinado acontecimiento problemático. Pero, en el mundo del Derecho, los operadores jurídicos no se han aproximado acertadamente a esta actividad para lograr la emisión de soluciones justas. Hans- Georg Gadamer sostiene: «*Hace falta capacidad de juicio para valorar correctamente los casos concretos. Esta función de la capacidad de juicio nos es particularmente conocida por la jurisprudencia, donde el rendimiento complementador del Derecho que conviene a la 'hermenéutica' consiste justamente en operar la concreción del derecho*»<sup>32</sup>. Se considera que la hermenéutica jurídica es una labor propia de las ciencias del espíritu que establece un modelo de relación entre pasado y presente e igualmente permite el conocimiento y reconocimiento de un sentido vigente del texto normativo, sin desconocer la complejidad que representa la particularidad que ha de relacionarse a la norma jurídica.

La hermenéutica jurídica se ha concebido tradicionalmente como aplicación de una ley emitida por el soberano. El sujeto que se aproximaba al texto normativo desplegaba una actividad netamente pasiva, toda vez que el autor del texto normativo lo sujetaba a los criterios de interpretación que él mismo identificaba para que no se desvirtuara el producto que había creado. Al respecto, haciendo referencia al positivismo legalista, del cual los códigos son expresión, Zagrebelsky destaca cómo fracasó en su inten-

<sup>32</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 5ª ed. Salamanca: Sígueme, 1993, Vol. I, p. 70.

ción de establecer un orden subordinando la intervención de los criterios lógicos (la analogía, la consideración del «sistema») y de las presunciones (la intención del legislador). Sostiene que: «*Las normas sobre interpretación dictadas por el legislador [...] se señalan como ejemplos del fracaso de la pretensión de todo derecho "positivo" de establecer él mismo las condiciones de alcance, es decir, de cerrarse en sí mismo. La interpretación no depende de la voluntad del legislador que pretende regularla, sino al revés, y ello por la simple razón de que también esta voluntad debe ser interpretada*».<sup>33</sup>

#### 4.2. Hermenéutica jurídica y ética

La hermenéutica jurídica ha de facilitar la inteligibilidad del estado actual de cosas argüido en un determinado texto normativo, en atención al aquí y al ahora. Pero para que pueda concebirse como una actividad ética –y no meramente moral– es necesario que no conculque la esfera privada del hombre; al contrario, a partir de la vida y del caso particular se clama por el no-sacrificio de lo esencialmente humano, por medio de una interpretación que ha de ser libre, lo que no significa arbitraria, toda vez que la actividad hermenéutica exige de responsabilidad ante el riesgo que comporta y una sujeción en el sujeto que interpreta la condición histórica de todo comprender.

La hermenéutica jurídica en la sociedad actual debe estar en función de la vida, entendiendo lo vital no como algo meramente biológico, sino como aquella realidad en la que se desarrollan las potencialidades humanas, permitiendo la presencia de lo múltiple. Para esto, debe superarse la concepción de la hermenéutica jurídica como mera aplicación técnica ligada a la idea de subsunción; tampoco se trata de entender dicha actividad como procedimiento dirigido por un operador jurídico (Cf. un juez) para prescribir e igualmente establecer lo que resulta conveniente entre los sujetos de un conflicto y destinatarios de las correspondientes normas jurídicas.

Desde la ética es posible ligar la hermenéutica que se realiza sobre un texto normativo con la experiencia. No puede concebirse la norma jurídica como un dato objetivo que le impone al sujeto comprendedor que adecue el caso o la realidad que tiene frente a sí a una referencia común y única, a un fundamento de primera instancia. En pro de perseguir eficacia de las

<sup>33</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Derecho Dúctil*. (Trad. Marina Gascón). Madrid: Trotta, 1995, p. 135.

normas y aplicaciones correctas, debe propenderse por una hermenéutica jurídica que se ofrezca como la interpretación filosófica más persuasiva de una situación o de un caso específico, y así la aplicación práctica involucraría la vida misma y se liberaría de intereses meramente técnicos, propios de una racionalidad instrumental. Es el momento de realzar el fin último del Derecho: la justicia; para esto se impone la conciliación de las formas con los contenidos, permitiendo que el Derecho se libere de aquella concepción unidimensional que perseguía reducirlo sólo al ámbito de lo válido. No se trata de auscultar criterios impregnados por el creador del texto normativo, porque sería limitar la hermenéutica jurídica a una actividad de mera metodología autoritativa, que terminaría negando la realidad del caso presente.

No puede lograrse objetividad por el hecho de sujetar al intérprete al sentido originario de la ley. Al contrario, seguir aquella metodología autoritaria permitiría que los ciudadanos se comporten de acuerdo con parámetros colectivos y morales que pueden acabar con la vida misma. El intérprete al asir un texto normativo determinado no puede adoptar una actitud de fetichismo y de idolatría ciega, considerando que detrás de los textos legales existen fundamentos que pretenden un comportamiento de obediencia única de todos los hombres que estén comprendidos dentro de la categoría del hombre abstracto señalado por el legislador; es por esto que la igualdad no se asegura desde una regulación abstracta, vaga, que no pueda adaptarse perfectamente al caso; por el contrario, se puede generar violencia e injusticia, por lo que el destinatario puede desobedecer.

La labor interpretativa realizada por el operador jurídico, por medio de un proceso de personalización, permite conciliar legalidad con justicia, siempre y cuando se descubra la existencia de varias «jugadas» o posibilidades de relación entre el caso y el texto normativo. La preocupación por nosotros mismos debe erigirse en el óbice fundamental al imperio de normatividad que bajo una concepción exegética, y la tiranía de la lógica formal del silogismo, termina acabando con la vida misma e ignorando la experiencia. Debe ponerse en evidencia la multiplicidad de perspectivas que cada norma ofrece en su relación con un caso concreto ante la equívocidad del lenguaje en el que se diseña el texto normativo, por lo que la hermenéutica jurídica ha de estar guiada por una profunda vocación ética, teniendo en cuenta que ha entrado en crisis la ética de los imperativos y de las meras prescripciones. No se trata de que el jurista desconozca la ley, sino que la interprete de acuerdo con las circunstancias existentes, con miras a realizar la justicia sin aferrarse con la aplicación literal. En tal sentido cobra actualidad el mensaje de Jesús de actualizar las palabras de la ley sin que se

persiga su abolición. Puede citarse como ejemplo la ley del sábado, que no es abrogada por Jesús, pero se propone una aplicación diferente que supere el rigorismo tradicional, por cuanto ha de cuestionarse cualquier situación en la que se vede el contacto del signo contenido en la ley con la vida misma: «*El sábado ha sido instituido para el hombre y no el hombre para el sábado*» (Mc 2,27). Ya en el ámbito jurídico, es la figura del juez la que debe destacarse frente a las falencias ostensibles del legislador. El juez puede lograr que, por medio de la dirección de un proceso concreto, se consiga la producción de un derecho justo, siempre y cuando tenga por derrotero para sus actuaciones los principios y valores constitucionales.

Es preciso conciliar la creación de la norma jurídica con la aplicación práctica de la misma. Pero, como ya se expresó, la interpretación de toda norma, incluyendo la actividad hermenéutica, no debe partir de la prescripción de métodos concretos. Se busca el sentido de las referidas normas por medio de la identificación de las posibilidades que se tienen para su comprensión. El texto no puede estar por encima del intérprete, sin que se esté pregonando por un subjetivismo caprichoso. El intérprete no debe ser esclavo de un texto concebido bajo esquemas cerrados, sin que tampoco sea viable expresar lo que se quiera en aras de evitar la desviación del sentido.

## CONCLUSIONES

En este estudio se ha encontrado en la actitud humanista unas herramientas sólidas para legitimar la razón de ser del Derecho. El hombre es un sujeto cultural que ha de estar comprometido en su ser y existir; por ende, resulta altamente enriquecedor para el jurista el que pueda «nutrirse» de las fuentes antropológicas que le suministre la filosofía jurídica, en pro de emancipar al Derecho del ostracismo en el que se ha encontrado durante varios años. Es necesario escrutar basamentos para seguir potenciando el desarrollo de lo humano en medio de la cultura, y es el Derecho un medio para el ejercicio de las libertades entre los hombres y no un obstáculo para su conculcación.

Ha de legitimarse el Derecho Positivo por medio de unos contenidos éticos, y son los derechos humanos parámetros claros que permitan fundarlo, en cuanto se constituyen en raseros para delimitar lo que se ha de entender por Derecho justo. No es posible limitar lo jurídico en lo meramente formal ni tampoco en la heteronimia, ya que es necesario confirmar en los destinatarios el grado de aceptación de las normas jurídicas. La fuerza irracional no puede ser la garante para mantener la existencia del

Derecho Positivo; es necesario la participación y aceptación consciente de los hombres que han de estar afectados por las normas jurídicas.

Un Derecho establecido se orienta hacia la idea del Derecho cuando se funda en el respeto por los derechos humanos, considerados como posibilidades desde las contingencias históricas, teniendo en cuenta los problemas reales que afectan a los sujetos jurídicos, es decir, a todos los hombres que dentro de un determinado contexto espacio-tiempo han de estar interferidos en sus comportamientos por el fenómeno normativo. Pero es necesario el reconocimiento de ciertas reivindicaciones que superen el estrecho margen del mero interés particular defendido en una sociedad radicalmente libertaria, para que así se hagan realidad no sólo derechos civiles y políticos fundamentales, sino también derechos como los sociales y culturales. Es precisamente la temática de la justicia –en torno a la problemática del Derecho que debe ser– la que ha facilitado un cambio en la concepción del Derecho, en la época actual de tránsito del Estado legislativo al Estado Constitucional. Se trata de aproximarnos a un Derecho realmente dúctil, y al respecto resulta muy valiosa la propuesta que nos ofrece el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky. Ha de superarse la concepción funesta sobre fijeza y seguridad jurídica que estaba ahincada entre los operadores jurídicos. Cuando se habla de justicia no se está postulando la inseguridad ni la violación del postulado de igualdad de los coasociados ante la ley. Incluso los principios de justicia que se consideraban como postulados meramente iusnaturalistas han encontrado referentes normativos y positivos concretos en las actuales cartas constitucionales. «[...] *La apelación a la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido*». <sup>34</sup>

Desde la reflexión ética es posible impugnar permanentemente aquellos discursos que hayan sido fijados con un carácter dogmático y que desconocen las realidades en las que se desenvuelven los sujetos destinatarios de las normas jurídicas. Es necesario individualizar de forma correcta la norma jurídica en aras de interpretarla creativamente con miras a su aplicación, superando la tensión presentada entre los textos normativos regularmente generales y el caso particular; en este aspecto se encuentra una relación entre hermenéutica jurídica y ética.

<sup>34</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 146.

Para finalizar, se insiste en que es necesario estar prestos a innovar para encontrar nuevas alternativas jurídicas. En el ámbito de las instituciones jurídicas, es innegable la necesidad de sustitución de viejos paradigmas por unos nuevos, respetando lo plural, lo multivariado y lo distinto en medio de un mundo que aunque tiende a ser globalizado, no renuncia a la diversidad de perspectivas que se expresan en las sociedades actuales.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO RAMÍREZ, Martín. *Humanismo jurídico; el Derecho desde la actitud humanista*. Bogotá: Leyer, 2001, p. 196.
- ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. (Trad. de Luis Villar Borda). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 136.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto et al. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996, p. 171.
- ARENDT, Hannah. *Entre el Pasado y el Futuro: ocho ejercicios sobre la reflexión política*. (Trad. de Ana Poljak). Barcelona: Península, 1996, p. 315.
- *La Condición Humana*. (Tadr. de Ramón Gil Novalés). Barcelona: Paidós, 1993, p. 366.
- BOBBIO, Norberto. *Los derechos humanos hoy en día*. En Norberto Bobbio *el filósofo y la política (Antología)*. Trad. de José Fernández Santillán y Ariella Aureli. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 193-202.
- BUBER, Martín. *¿Qué es el hombre?* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 151.
- BUBNER, Rüdiger. *Acerca del fundamento del comprender*. (Trad. de Rosario Grimaldi y Juan Vásquez). En *Isegoría*. Madrid: N° 5, mayo de 1992 (Madrid), p. 5-16.
- CHINCHILLA HERREA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son derechos fundamentales?* Bogotá: Temis, 1999, p. 163.
- DEL VECCHIO, Jorge. *Persona, Estado y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 582.
- ESTRADA ARAQUE, Ernesto. *¿Quién es el hombre en Occidente? Literario Dominical, El Colombiano*, Medellín. (15 de agosto de 1999), p. 12-13.
- FERNANDEZ, Eusebio. *Estudios de Ética Jurídica*. Madrid: Debate, 1990, p. 154.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías; la ley del más débil*. (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Trotta, 1999, p. 180.
- FOUCAULT, Michel. *Saber y verdad*. (Trad. de Julia Varela y de Fernando Álvarez-Uría). Madrid: La Piqueta, 1991.
- FRIEDRICH, C.J. *La Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 443.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método; fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Vol. I, 5ª ed. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 697.
- *Verdad y Método; fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Vol. 2, 5ª ed. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 429.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. (Trad. de Manuel Jiménez Redondo). Madrid: Trotta, 1998, p. 689.

- HEGEL, G. W. Friedrich. *Principios de Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*. 2ª ed. (Trad. de Juan Luis Bernal). Barcelona: Edhasa, 1999, p. 500.
- HEIDEGGER, Martín. *Arte y Poesía*. (Trad. y prólogo de Samuel Ramos). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1958, p. 148.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Barcelona: Altaya, 1993, p. 374.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. (Trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 347-355-655.
- *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis, 1998, p. 90.
- KAUFMANN, Arthur et al. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992, p. 449.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo; fundamentos de ética jurídica*. (Trad. de Luis Díez-Picazo). Madrid: Civitas, 1985, p. 202.
- LUKES, Steven et al. *De los derechos humanos*. (Trad. de Hernando Valencia Villa). Madrid: Trotta, 1998, p. 205.
- MASSINICORREAS, Carlos I. *Filosofía del Derecho; el Derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 286.
- MOREY, Miguel. *El hombre como argumento*. Barcelona: Anthropos, 1987, p. 244.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *Hermenéutica jurídica: En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, 1992, p. 138.
- PECES BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate, 1984 p. 370.
- PLATON. *anquete*. Madrid: Guadarrama, 1973.
- *Critón o del Deber*. Madrid: Gredos, 1981.
- RADBRUCH, Gustav. *El Hombre en el Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 147.
- RECASENS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 3ª ed. Ciudad de México: Porrúa, 1980, p. 320.
- RICOEUR, Paul. *Lo Justo*. (Trad. de Carlos Gardini). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 221.
- ROBLES, Gregorio. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1988, p. 177.
- RUIZ GIMÉNEZ, Joaquín. *Derecho y vida humana*. 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 238.
- SQUELLA, Agustín. *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*. 2ª ed. Ciudad de México: Fontamara, 1998, p. 108.
- VATTIMO, Gianni. *Ética de la interpretación*. (Trad. de Teresa Oñate). Barcelona: Paidós, 1991, p. 224.
- *Más allá de la interpretación*. (Trad. de Pedro Aragón Rincón). Barcelona: Paidós, 1995, p. 161.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. (Trad. de Luis Díez-Picazo). Madrid: Taurus, 1964, p. 157.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, p. 173.