

# Los Derechos Humanos: su fundamentación y alcances

Armando de la Torre \*

La cuestión de los derechos humanos se ha convertido en los últimos veinte años en la más controvertida y abusada de todas las cuestiones jurídicas-políticas.

Aunque el concepto contemporáneo de derechos de todo hombre por el hecho de ser hombre data principalmente de pensadores ingleses del siglo XVII, — sobre precedentes del mundo clásico y de la Edad Media—, la instrumentalización política del término se ha dado desde las postrimerías de la llamada Guerra Fría, muy en particular desde el acuerdo internacional en Helsinki de 1976 y el gobierno desde 1977 de Jimmy Carter en los Estados Unidos.

La intención transparente del recurso político al tema de los derechos humanos por parte de éste y otros gobiernos se enderezaba a la legitimación de la posición occidental frente a la permanente amenaza de expansión del totalitarismo soviético.

Para esas fechas, la superioridad en eficiencia del mercado libre de Occidente sobre el mercado centralmente planificado del bloque soviético ya resultaba patente a todos. Por eso se desplazó deliberadamente el debate a muerte entre los dos sistemas, el “capitalista” y el “socialista”, al otro plano, el moral o ético, donde las ventajas del Occidente capitalista se hacían aún más claras por su respeto y preservación constitucionales de los derechos humanos fundamentales (llamados por ello “inalienables” o irrenunciables).<sup>1</sup>

La acusación por la recurrencia en las violaciones a esos derechos hacia los regímenes totalitarios se hizo extensiva a aquellas otras sociedades del Tercer Mundo, —muy en particular de la América Latina— cuyo historial de inestabilidad política y gobiernos dictatoriales y arbitrarios los hacían el blanco natural de las organizaciones que dicen velar internacionalmente por la defensa de los derechos humanos.<sup>2</sup>

## I

### SU FUNDAMENTACION

Todo derecho es un reclamo potencial o actual de una persona al ser o a la conducta de otra. En cuanto tal, sólo es predicable “stricto sensu” del individuo natural, no de las “ficciones jurídicas” que la legislación universal también reconoce como “personas”, es decir, como sujetos de derechos y obligaciones, tales como el Estado, un partido, una corporación o un gremio.

La principal característica de lo que se reconoce justamente como un derecho es la de entrañar correlativamente una obligación por parte de otras personas

\* Director de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala, desde 1977. Antiguo Prefecto de Estudios del Seminario Latinoamericano en Roma y Profesor de Sociología, Filosofía y Religión en cinco “colleges” en los Estados Unidos. Ha realizado estudios en Periodismo, Derecho, Filosofía, Clásicos y Teología

<sup>1</sup> El cambio de “inalienables” a “fundamentales” se ha hecho lugar común entre los estadistas de estas cuestiones durante este siglo. También se les identifica con los individuales o personales para contraponerlos a los más recientes colectivos o sociales

<sup>2</sup> Como Amnesty Internacional o Americas Watch. Para esas fechas, rugía bajo gobiernos autoritarios la guerra sucia” en la Argentina (1976-1983); a partir de 1979 los conflictos sangrientos en Centroamérica, y desde 1980 las depredaciones de Sendero Luminoso en Perú, en todos los casos con la correspondiente contra ingerencias”

hacia el depositario de ese derecho. Mi derecho a la vida implica en los demás la obligación a respetarla en toda su integridad, y viceversa; mi derecho a la libertad supone necesariamente en los demás la obligación de respetar mis decisiones de libre asociación con otros, o de comprar, vender, moverme geográficamente o elegir libremente mi cónyuge, y viceversa. Mi derecho a la propiedad conlleva el respeto obligado por parte de otros a los frutos de mi trabajo o a lo que yo haya acumulado o recibido en herencia, y viceversa.

De manera que sólo cabe hablar de derechos apropiadamente donde tratamos de obligaciones recíprocas entre personas naturales y, por una ampliación de la imaginación jurídica, de personas legales ficticias, las que obviamente habrían de ocupar un lugar ontológicamente secundario con respecto a las primeras en la jerarquía de toda sociedad jurídicamente organizada.

Aunque la idea de que todo hombre, por el simple hecho de ser hombre, esté dotado de derechos que nadie puede arbitrariamente vulnerar, —pues son derechos imprescindibles para su supervivencia—, tiene sus precedentes en la Grecia clásica y en la República romana, y aun en ciertas concepciones jurídicas de la Edad Media cristiana y del Renacimiento, su formulación moderna arranca de la obra de Thomas Hobbes, de mediados del siglo XVII, intitulada por su autor, con toda malicia, “El Leviatán”, un animal monstruoso (en referencia al Estado).

Hobbes se apoyó en sus consideraciones sobre la teoría entonces muy popular por Europa del Derecho Natural. Él fue el primero en especificar los de la vida, la libertad y la propiedad como aquellos derechos mínimos sin los cuales el hombre no puede sobrevivir. La alternativa a su vigencia es guerra de todos contra todos, en la que la vida de cada cual sería “solitaria, brutal, pobre, desagradable y corta”. A esto añadió él, por vía de legitimación del tránsito humano de la sociedad natural (donde, repito, “homo homini lupus est”) a la sociedad civil, la hipótesis racionalista de un “contrato social”, por el cual los hombres hemos renunciado en favor de un príncipe a ciertos otros derechos secundarios y periféricos a cambio de poder retener con certeza jurídica esos otros fundamentales y esenciales.<sup>3</sup>

Según Hobbes, los contratantes naturales en este caso lo son todos aquellos que aceptan vivir en la sociedad civil; por lo mismo, los únicos obligados en conciencia a la observancia mutua de lo pactado. El Estado (el Leviatán) no es más que el árbitro que cuida de la observancia mutua de ese contrato. Violar la promesa que lo entraña sería precisamente lo que constituye una injusticia.

La idea de poner un contrato, que obliga recíprocamente a todos, a la base de la sociedad civil se encaminaba a asegurar la supervivencia al largo plazo del súbdito a través del cumplimiento riguroso e ineludible de la promesa anticipada por cada uno de acatar las decisiones del príncipe. No escapaba entonces a Thomas Hobbes —como no había escapado a los juristas medievales ni a los profesores eximios de la universidad de Salamanca del siglo XVI—, la importancia de reglas claras, simples y estables, que no podrían conocer de excepciones, para el mantenimiento de un orden civil *justo*. Lo novedoso en Hobbes era la justificación deductiva (no basada en el orden consuetudinario) de su interpretación de lo justo.

En la concepción de Hobbes, la promesa contractual, una vez dada, no era revocable, como no es revocable unilateralmente en sana legislación un contrato incurrido según la ley. Por lo tanto, al súbdito nunca le asiste el derecho a la rebelión.

John Locke, un poco más tarde, en su *Primer y Segundo Tratados de Gobierno*, que hiciera públicos después de lograda la Revolución Gloriosa de 1688 en Inglaterra, hizo suya la atribución de ciertos derechos naturales inalienables al hombre, pero añadió su moderada visión del papel del árbitro, esto es, del Estado, al que considera igualmente obligado y limitado en sus acciones por esos mismos derechos fundamentales cuyo respeto constituye la parte total del Contrato Social.<sup>4</sup>

Locke supo encarnar como ningún otro la visión parlamentaria “whig” a la que más tarde, a comienzos del siglo XIX, se le daría la etiqueta de “liberal”, término acuñado por los españoles favorables a las Cortes de Cádiz e incorporado desde entonces literalmente a todas las lenguas cultas de Occidente.

La idea de un gobierno *limitado* por ciertos derechos fundamentales del hombre anterior y superior al Estado, saltó al Nuevo Mundo, donde desembocó en la corriente constitucionalista que es el mayor timbre de gloria de la América del Norte anglosajona.

Para mediados del siglo XVIII, varias de las colonias inglesas en América habían recogido en sus estatutos fundamentales la enumeración de ciertos derechos específicos que, supuestamente, se derivaban del respeto a esos otros irrenunciables: los de la vida, la libertad y la propiedad.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Thomas Hobbes, *El Leviatán*, Londres, 1651, la Introducción; *Ibidem*, Parte I, capítulos 14.15 y 17.

<sup>4</sup> De ahí la necesidad de que el gobierno siempre cuente con el consentimiento de los gobernados, vea *Of Civil Government* (Dent, Londres, 1924, secciones 26-27 y 30-32).

<sup>5</sup> La más famosa e influyente la de Virginia, anterior a la Declaración de independencia.

Este proceso habría de culminar en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos redactada por Tomás Jefferson (1776), donde se afirmaba que "tenemos estas verdades por evidentes: que todos los hombres somos creados iguales, que todos hemos sido dotados por nuestro Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentran los derechos a la vida, a la libertad y a la prosecución de la felicidad".

Originalmente, Jefferson había seguido a Hobbes y Locke en la inclusión del derecho a la propiedad como un derecho inalienable, pero por una objeción del delegado de Carolina del Sur, que defendía la institución de la esclavitud y que, aleccionadoramente, reconocía en sus esclavos el derecho natural a la libertad, pero no al de la propiedad, Jefferson sustituyó en el borrador definitivo el derecho a la propiedad por ese otro de la "prosecución de la felicidad".

Jefferson habla permanecido bajo la égida intelectual de los grandes teóricos del Derecho Natural de los siglos XVI y XVII (Vitoria, Suárez, Grotius, Puffendorf), al igual que los demás firmantes de la Declaración de Independencia de Estados Unidos.

La traducción de estos principios filosóficos al sistema jurídico fue consolidada, once años después, en las primeras nueve enmiendas a la Constitución norteamericana, más conocidas como Declaración de Derechos ("Bill of Rights").

Con una adición notable: el derecho "al debido proceso", que se hizo universalmente válido de cara al Estado y que resaltaría mucho más en la tradición del "common law" anglosajón que en la de los Códigos civiles del Continente.

Paralelamente a este proceso en el mundo anglosajón, se seguía otro, no menos fecundo, en la Europa continental, particularmente en Francia.

El barón de Montesquieu, gran admirador de la realidad política británica, aunque no tan claro discernidor de la misma, abogó por el principio de la estricta separación de poderes como la condición ineluctable de un Estado cuyo ámbito de poder pudiera llegar a ser eficazmente limitado por derechos humanos anteriores y superiores al Estado.<sup>67</sup>

Otro tanto digamos de Voltaire y los grandes de la Enciclopedia (Diderot, D'Alembert, Condorcet, ) que hicieron suya la visión iusnaturalista de los derechos del hombre, como acabaría de ser plasmada en la renuncia voluntaria de la nobleza a sus privilegios feudales, paso previo a la famosa Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 28 de agosto de 1789.

Aunque los pensadores franceses se inspiraron grandemente en las ideas y la práctica de la vida política inglesa (y en algún grado menor, también de la norteamericana) tal como ellos las entendían, exageraron aún más el principio de la división de poderes. al igual que la representatividad mayoritaria de una mítica Voluntad general" (según lo había razonado J.J. Rousseau), así como el ámbito de los derechos del hombre para incluir el de la rebelión contra la autoridad esta blecida que no hubiera cumplido con su parte del Contrato Social, tal cual ya lo había avanzado el mismo John Locke.<sup>8</sup>

Ello, y la centralización absorbente por el Estado nacional jacobino a partir de Napoleón, llevó a los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX a la idea de tribunales administrativos" que fallaran en los casos complejos de infrincimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos por la potestad discrecional de los funcionarios públicos. De este frustrado intento se habría de derivar el ideal del "Estado de Derecho".

## II

### SU EROSION POR EL POSITIVISMO JURIDICO

A imitación de las Constituciones pioneras de los Estados Unidos y de la Francia revolucionaria, se promulgaron innumerables otras en Europa, Ibero América y en algunas partes de Asia a todo lo largo del siglo XIX, con sus declaraciones más o menos explícitas y pormenorizadas de esos derechos fundamentales del hombre a la vida, la libertad, la propiedad y, en ocasiones, a la resistencia.

Pero el siglo XIX también fue el marco para el surgimiento de una filosofía jurídica constructivita que acabaría por dar al traste con la filosofía del derecho natural sobre la que se habían edificado originalmente las declaraciones de los derechos del hombre.

Ese cambio eh el clima intelectual fue realmente monumental.

Al racionalismo de la Ilustración siguió el voluntarismo del Romanticismo; a la filosofía del derecho natural, la filosofía del derecho positivo; a las leyes descubiertas por los jueces, los estatutos diseñados por voluntad de los legisladores.

Fueron muchas las razones y las Influencias intelectuales que llevaron a tamaño cambio de opinión. La

---

<sup>6</sup> Charles de Secondat, Barón de Montesquie. *L' Esprit des Mis*, XI.2y XXVI,

<sup>7</sup> *Of. Civil Government*, Seco. 54.

separación kantiana, por ejemplo, entre la ética y el derecho (correspondiente a aquella otra entre lo noumenal y lo fenoménico) hizo metafísicamente imposible el recurso desde una ley positiva a otra supuestamente superior de la Naturaleza.

Además, la insistencia de David Hume en la supuesta falacia de razonar de lo que es a lo que debe ser, así como el criterio del cálculo racional “de la mayor felicidad para el mayor número posible” del utilitarismo triunfante de Jeremías Bentham y John Stuart Mill hicieron superfluo, y hasta inadmisibles, todo arraigo de los derechos del hombre en un hipotético orden de la naturaleza que la razón con sus solas luces pueda descubrir<sup>9</sup>

No menos contribuyó a todo ello la novísima idea de la evolución, surgida entre los filósofos sociales de la Escocia de la segunda mitad del siglo XVIII y llevada más tarde al reino de lo puramente biológico por Charles Darwin a mediados del XIX. Si el postulado de la inmutabilidad de las especies desaparecía, con él se evaporaba el de la inmutabilidad de los derechos naturales derivados de la naturaleza de la especie humana.

Eso acabaría por llevar a los juristas de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX a una “teoría pura del Derecho”, como la que habría de exponer Hans Kelsen en su obra del mismo nombre hacia 1927.<sup>10</sup>

Se apuntaba con ella hacia un sistema lógico, herméticamente cerrado sobre sí mismo, con autonomía de toda otra provincia del saber, fuera la ética, la sociología, la economía o el conjunto de los criterios axiológicos derivadas de la naturaleza o la costumbre. La principal razón, quizás, de las aducidas por el positivismo jurídico, triunfante hasta hoy, descansa en la premisa de que no se pueden detectar ni a priori ni a posteriori pruebas para la justicia de un acto; por lo tanto, lo que es justo o injusto ha de ser determinado en la ley positiva, integrada en un sistema autónomo y jerárquico de leyes a cuya cúspide se situaría la Constitución, la expresión positiva fundante del soberano (el pueblo mayoritariamente representado por los constituyentes).

Esto facilitó hacer del Gobierno mayoritario un fin en sí mismo y no un mero medio para determinar pacíficamente quién sucede a quién en el ejercicio del poder supremo. No puede haber, por lo tanto, ley injusta por referencia a otra *fuera* del compacto mundo de la lógica interna del sistema jurídico. Tampoco han de aceptarse límites a la voluntad constituyente, que puede ampliar o estrechar a capricho los derechos que reconoce a cada hombre por ser hombre.

El positivismo jurídico, que desplazó al iusnaturalismo de los siglos anteriores, fue de la mano del crecimiento de las atribuciones del Estado —ya endiosado dialécticamente por Hegel— que hoy englobamos bajo el concepto de Estado benefactor (“Wohlfahrt Staat”, “Welfare State”).

Esto explicaría la hemorragia legislativa de que hemos sido testigos este último siglo y que ha culminado en los diversos tipos de democracia popular, constitucionales o no, de Lenin y Hitler a Mao y Castro.

### III

#### LA COMPLICACION ADICIONAL DE LA JUSTICIA “SOCIAL”

Si la ley positiva *decide* de lo justo o injusto, aún más allá de la relación entre individuos naturales, su interpretación de lo justo debió ampliarse a una nueva nomenclatura. Por eso se añadió el término de la justicia “social” (la justicia entre grupos) a las tradicionales vindicativa, conmutativa y distributiva *entre individuos* de tradición aristotélica-tomista.<sup>11</sup>

En realidad, ese término nuevo constituía una redundancia, dado que toda justicia por naturaleza ha de ser social, pues sólo entre dos o más individuos (en “sociedad”) cabe imaginar actos justos o injustos.

Ya los fabianos ingleses habían hecho a fines de siglo los primeros escauceos a este respecto y habrían de triunfar rotundamente por ellos con el gobierno de Clement Attlee en 1945.<sup>12,13</sup>

Pero fue Mussolini el primero que incorporó ese término de nuevo cuño a la legitimación del poder corporativo fascista. Para él, la justicia “social” era una vertiente de la justicia “distributiva” entre gremios, no entre individuos. Su objetivo era la superación de la lucha de clases que, según él, tan peligrosamente debilitaba al Estado nacional. A través del sistema de sindicatos verticales, que hacía “justicia” entre las especializaciones más fundamentales del sistema moderno de división del trabajo, se lograría la paz “social”. El Estado era un nuevo Leviatán, un nuevo árbitro, no sólo en los conflictos contractuales privados, sino en los conflictos entre los grupos envueltos “socialmente”

<sup>9</sup> Vea Jeremías Bentham, *An Introduction to the principles of Morals and Legislation*, 1789.

<sup>10</sup> Vea K. Berghohm. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892. También Hans Kelsen: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925. En su *Von*

*Wesen und Wort der Demokratie* (Tübingen, 1920), en su segunda edición (1929) afirma la libertad imposible del individuo retrocede poco a poco para dar paso a la libertad de la colectividad que ocupa el primer puesto en el escenario

<sup>11</sup> Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, Libro V: Santo Tomás de Aquino, Sumo Teólogo, Prima Secundæ, 9V, 2: 90-96. Passin,

<sup>12</sup> Como lo comentó el dirigente sindical John Burns, Beatrice Webb estaba determinada a “deindividualise us ail” (Mac Kenzie, N. y 8. The diary of Beatrice Webb”, Vol. IV. Belknap Press. Cambridge, Mass., 1985, Pág.

<sup>13</sup> )

en la producción. “Nada fuera del Estado; nada contra el Estado; todo dentro del Estado”, fue su enseñanza.<sup>14</sup>

Esta revisión colectivista de la justicia fue incorporada por el Papa Pío XI a la doctrina social de la Iglesia en su célebre Encíclica “*Quadragesimo Anno*” de 1931. Aunque la sugerencia Inicial para el uso del término “justicia social” le vino del fascismo, el Papa lo supo templar con los otros principios claves de la tradicional doctrina social de la Iglesia: el de la dignidad Infinita (< los derechos consiguientes) de la persona, así como de su responsabilidad individual, el de la solidaridad entre los hombres y, sobre todo, el de la subsidiaridad ascendente según la posición de cada estamento en el rango político de la sociedad organizada como Estado.<sup>15</sup>

En nombre de la justicia social se han multiplicado desde entonces *ad nauseam* los derechos globalmente conocidos como económicos, culturales y sociales tanto de Individuos como de grupos. Con esto se ha borrado la distinción original entre derechos fundamentales e inalienables y los periféricos y voluntariamente renunciables. Así como desde el punto de vista del positivismo jurídico no hay leyes justas o injustas, así desde el punto de vista de la justicia social no hay derechos irrenunciables y renunciables, fundamentales y periféricos, los que obliguen en conciencia y los que no obliguen en conciencia. Todos los derechos, porque así lo promulga la voluntad del legislador, resultan *Igualmente* válidos.

Esto transparenta el inevitable autoritarismo que entraña el concepto de justicia social; porque los derechos se reconocen de acuerdo a méritos que sólo una autoridad, en este caso la del Estado, puede identificar.

Hoy ya no sólo se habla de los “derechos” del desempleado a un puesto de trabajo seguro, del enfermo a una atención más allá de lo previsto contractualmente, de los consumidores a la energía barata, del niño al amor de los adultos, de los ancianos al subsidio de los jóvenes, de los sin hogar a un techo financiado por otros, de los analfabetas a la cultura superior, de las etnias a una autonomía privilegiada, de los dirigentes sindicales al recurso a la coacción para fines privados, de los homosexuales a la misma consideración que los heterosexuales, sino hasta, más recientemente, de los animales a un trato bondadoso por parte de los humanos...

#### IV

#### OTRA OPCION: EL DERECHO CONSUECUDINARIO

Una de las verdades más importantes y decisivas que podemos aprender del libre mercado es que la abundancia de la oferta abarata el precio de lo ofrecido. Esto parece suceder cada vez más con la sobreabundancia de la oferta de derechos por decreto legislativo que nada tienen de fundamento teórico, ya sea en una concepción de la naturaleza o en otra de la costumbre, aunque todavía se les englobe a los otros con el honroso calificativo de “derechos humanos”.

Entre el iusnaturalismo de los primeros siglos de la teoría de los derechos humanos y el positivismo jurídico de los últimos dos se sitúa otra perspectiva de la cual apenas he hecho mención: la del derecho consuetudinario.

Es el derecho de la costumbre, que descubren los jueces —no los legisladores— en la conducta diaria y que se remonta a principios de validez universal a través del uso de precedentes (“*stare decisis*”) y del razonamiento por analogía.

Es el Derecho tal cual lo conocieron los romanos de la República, como lo vivieron los pueblos germánicos del Medioevo europeo, o los hebreos que se sujetaban al Talmud, el derecho como aún lo conservan los anglosajones en su “*common law*”.<sup>16</sup>

Es el Derecho que enmarca la ley, pero la ley que respondía al término “*nómos*” de la Grecia clásica y que tan elocuentemente supiera recoger Píndaro en su famoso discurso por los primeros caídos de la guerra del Peloponeso. La “*dura lex, sed ex*” de los Escipiones, Polibio y Cicerón.<sup>17</sup>

Es el que ha resurgido vigorosamente en esas economías informales de nuestra América Latina, ahogadas por la hemorragia legislativa no tanto de congresos y parlamentos como de la discrecionalidad reguladora de los funcionarios del Poder Ejecutivo, que hace tan elevado el costo del Derecho para los más jóvenes o los económicamente más débiles.

Es el que se practica, casi a escondidas, por algunas de nuestras etnias del altiplano y por los “jueces de aguas” de Zacapas...

La ley consuetudinaria, a diferencia de la interpretada como ley natural, no es inmutable sino que evol-

<sup>14</sup> Para el fascismo, el Estado es absoluto, los individuos y los grupos relativos” (*Cuatro discursos sobre el Estado corporativo*, Laboremus, Roma, 1935)

<sup>15</sup> Los conceptos fueron desarrollados por Heinrich Pesch e incorporados a la encíclica por Oskar von Nell-Breuning, ambos jesuitas.

<sup>16</sup> Vea Bruno Leoni “*Freedom and the Law*”, Nash, Los Angeles, 1922.

<sup>17</sup> Por ejemplo, Marco Tulio Cicerón, *De Legibus*, 111,122: “*magistratum legem esse loquentem*”.

ciona lentamente por la agregación de innumerables mutaciones minúsculas de individuos que ni diseñan ni planean la dirección que ha de tomar la norma, pero que asumen la carga de responder en lo individual por sus tanteos violatorios de la misma.<sup>18</sup>

Es un proceso de cambios anónimamente inducidos, prácticamente insensibles en el lapso de una sola generación, pero no menos efectivo por responder a la dinámica jerarquía de valores que informa de veras las transacciones de los hombres en toda sociedad histórica.

Es un proceso difusamente evolutivo y espontáneo, de vigencia casi siempre multiseccular mientras escapa a la capacidad planificadora de cualquier intento humano aislado.

Es el único proceso colectivo auténtica y genuinamente “social”<sup>17</sup>

Desde esta otra perspectiva, en respuesta a los positivistas jurídicos, se puede afirmar que si bien puede no darse una prueba de la justicia, siempre es aducible la prueba de la injusticia, en una forma análoga a los hechos que resultan de un experimento y que pueden falsear la hipótesis sobre la que se habla diseñado, o como lo que ocurre en todo mercado competitivo bajo reglas iguales, cuando la indiferencia de los consumidores es prueba suficiente del error empresarial de una oferta.

El derecho consuetudinario no reconoce abstracciones colectivas, sino casos e individuos históricos de carne y hueso, por la sangre o por los contratos entrelazados., La justicia o injusticia sólo la reconoce entre tales personas naturales, según leyes que no son puestas por una voluntad legisladora sino descubiertas por una razón arbitradora. El premio o el castigo no responden tanto a las intenciones del fuero interno como a las consecuencias de los actos en el fuero externo. Por eso su supuesta eficiencia económica.<sup>19</sup>

Los derechos no los otorga el Estado —como tampoco se leen en el orden de la Naturaleza—, sino son conquistas y resultados imprevistos de innumerables decisiones por hombres y mujeres en casos similares durante siglos.

La propiedad, la libertad, la vida, la persecución de la felicidad, no son favores de nadie ni designios, de la inescrutable naturaleza; son las condiciones *sine qua non* de la cooperación pacífica que se reconocen al paso del tiempo por todos como la base del progreso civil y con las que los hombres han tropezado sin habérselo propuesto jamás; inclusive, muchas veces sin haberlas entendido ni haberlas recibido con agrado.

Son las que hicieron posible a los individuos su paso de la sociedad tribal a la sociedad abierta; del “status” como forma básica de organización social al contrato; de una *Gemeinschaft* a una *Gesellschaft* en el sentido contemporáneo de esos términos.

En esta visión consuetudinaria resulta primordial y urgente distinguir cuidadosamente entre lo que es fundante y lo que es fundado o derivado. Coincide con los iusnaturalistas en lo de los derechos irrenunciables, pero por razones del éxito de las normas y los principios históricamente refrendados por la costumbre, no por una especulación apriorista sobre la naturaleza o el Estado.

La fundamentación viene después, como la contemplación sigue a la práctica, a través del principio de analogía.

Rechaza la pretensión positivista de multiplicación *ad libitum* de derechos *que no obligan a nadie en particular* y que son por ello remitidos para su implementación a la ficción jurídica del Estado benefactor.

## V

### CONCLUSION

Si hemos de reencontrar nuestro camino hacia una sociedad justa, creo que hemos de regresar a un parámetro de la justicia externo (y superior) ala voluntad de cualquier legislador; si hemos de vivir en una sociedad próspera y pacífica, debemos apoyarnos en las reglas generales e impersonales detectadas en las tradiciones que hicieron posible la emergencia de la moderna sociedad civil: aquellas normas de respeto a los verdaderos derechos que han sido reconocidos como fundamentales del hombre a partir de las revoluciones constitucionalistas de los siglos XVII y XVIII, y que en ningún momento fueron fruto del diseño “*ab ovo*” de ningún legislador.

Aunque todos esos derechos hayan sido violados una y otra vez, muy en especial en este nuestro siglo del abuso del poder en alas del progreso de la tecnología, ninguno lo ha sido más masivamente que el de la propiedad, y para ello los legisladores han encontrado en la ley positiva —como lo fulminará Federico Bastiat—, el instrumento idóneo para expolar legalmente a los demás.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> F. A., von Hayek, “Los Fundamentos de la Libertad”, capítulo cuatro. Nº 5. 17 Ibidem, Nº 8.

<sup>19</sup> Richard Postner “Economic Analysis of Law” 3rd ed. little Brown Boston, 1987

<sup>20</sup> (Federico Bastiat, ‘*La Ley*’, Editorial CEES, 1966.

Los impuestos confiscatorios de la herencia, los progresivos sobre la renta, los monopolios que por ley vedan el acceso a un mercado, los controles de precios, los salarios mínimos, los privilegios a grupos o los subsidios a otros bajo un sistema de cuotas, las intervenciones indebidas, en *fin*, del Estado en los contratos entre particulares o los impuestos ocultos (el más injusto y devastador de todos, la inflación), etc., son ejemplos de lo formulado por Bastiat.

Así la justicia adjetivada “social” se ha convertido, en la atmósfera jurídica positivista que respiramos, en la fuente más fecunda de violaciones a la justicia a secas, y llevados de su mano la hemos hecho el condicionamiento principal de nuestra pobreza y de nuestra proclividad a hacernos cualquier “justicia” por nuestras manos (es decir, por las “medidas de hecho”).

La subordinación imperante del Derecho Privado al Derecho Público, de la ley consuetudinaria a la ley positiva, de la justicia a secas a la justicia “social”, del hombre de carne y hueso a la abstracción ideológica, han tejido la urdimbre de todos nuestros despotismos (“ilustrados” o no) y de todos nuestros estancamientos colectivos, incluidas las descaradas violaciones a los derechos humanos más fundamentales del hombre como en Auschwitz o el Gulag soviético.

Una filosofía de los derechos humanos que no empiece por distinguir con rigor intelectual entre aquellos irrenunciables y los renunciables, y que no tenga más guía que el del respaldo de las mayorías fortuitas de las alianzas de los grupos de presión, está condenada a multiplicar exponencialmente los “derechos” y con ello el dolor y las Injusticias en el conjunto social, según el juego suma cero que enunciara Montaigne: “la ganancia de un hombre es la pérdida de otro”.

Urge delimitar los derechos que obligan en conciencia a todos y distinguirlos de los pseudos-derechos que no obligan a nadie *en particular*. Sólo así podremos fijar con suficiente precisión el ámbito del poder público en pos del bien común y asegurar una esfera privada de acción a los individuos sin la cual se les rebaja al nivel de meras herramientas al servicio de los fines de otros.

El idioma inglés, tan práctico como instrumento de los negocios, ya distingue acertadamente entre “rights” (derechos) y “entitlements” (pseudoderechos). Los primeros constituyen la esencia de la sociedad democrática, los segundos el regreso a la arbitrariedad demagógica, a la voluntad de privilegio de unos grupos a expensas de otros.

En el fondo, quizás, hemos olvidado una y otra vez que, al largo plazo, donde se imponen por la ley positiva los pseudoderechos acaban por fenecer los auténticos derechos del hombre. No menos acaeció en las postrimerías de la Atenas clásica; otro tanto en la Roma Imperial, donde la ley hubo de convenirse en “*quod Caesari placuit*”, lo que plugo al César; igual en la Europa posterior a la *Belle Epoque*, arrastrada por el vértigo de nacionalismos insensatos y de totalitarismos de izquierda y derecha <sup>20</sup>

Toda esa triste experiencia pudiera ser encapsulada para nuestro provecho en las pocas palabras de aquella observación aguda de Jorge Santayana: “quien no aprende de los errores del pasado, está condenado a repetirlos”.

Guatemala, 1º de abril de 1996.

<sup>20</sup> La América Latina ha ofrecido en todo esto sus peculiaridades: reformas agrarias, por ejemplo, a granel. En otro orden de cosas, la Constitución brasileña de 1988, en su Título II “Derechos y Deberes de los Brasileños”, enumera 70 derechos y... ningún deber.