

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE UNA «NOTA POLEMICA» SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Por ROBERTO J. VERNENGO

Buenos Aires

Me parece que la nota polémica de Hernández Marín, que aquí se publica, pone el dedo sobre algunas cuestiones bien interesantes. La primera es la distinción entre «término teórico» y «término definido» en relación con la noción de derecho subjetivo. A Hernández Marín le parece que utilizar la denominación de derecho subjetivo para referirse a ciertos conjuntos de normas positivas es «completamente falsa» en cuanto no conoce juristas, fuera de Kelsen, que así la empleen. Por otra parte, considera que pensar a la noción de derecho subjetivo como un «concepto teórico», semejante a conceptos de la física, es «algo más que una ligereza», pues supone que calificar a ciertos conceptos de teóricos, es una manera de eludir cuestiones ontológicas sobre la existencia o inexistencia de algunas entidades.

Confieso que no discrepo excesivamente con estas propuestas. Es claro que alguna distinción hay entre términos puramente definidos (que pueden ser ajenos a una teoría) y términos teóricos. Establecer si la noción de derecho subjetivo es tal cosa, sin embargo, es asunto un tanto convencional: Hernández Marín admite, por de pronto, que el tema de los conceptos teóricos «es una difícil y discutida cuestión de filosofía de la ciencia». Luego —y concuerdo con él—, que un sentido aceptable de concepto teórico requiere referirse a teorías, esto es, a conjuntos de enunciados con ciertas características.

Resulta, empero, que para Hernández Marín no pueden darse conceptos teóricos en el lenguaje de los juristas «puesto que no existe ninguna teoría (científica) acerca del derecho, puesto que no existe ningún saber científico-jurídico, ni filosófico-jurídico, que sea lo que en filosofía de la ciencia se denomina “una teoría científica”». Es ésta una tesis bien conocida que Hernández Marín ha sostenido y que, al parecer,

ha cundido en España; así en el libro de introducción al derecho de Atienza o en el ensayo de Calsamiglia sobre la ciencia del derecho, se insiste polémicamente en el carácter no científico de las pretendidas ciencias jurídicas, para relegarlas al nivel de discursos ideológicos o tecnologías para el uso del poder. No sé muy bien cómo hayan de dirimirse tales discusiones: habría que ponerse de acuerdo, en todo caso, sobre cuál sea la «filosofía de la ciencia» que resuelva qué haya de valer como teoría científica y qué no. Baste señalar que hay algunos juristas, entre los cuales Kelsen, sin duda, que admiten la existencia (o la posibilidad de la existencia, para ser más cautos) de un conocimiento científico, i.e.: teórico, del derecho. Los juristas que se ocupan, a nivel menos exaltado que los filósofos de la ciencia, de problemas de derecho civil, de derecho comercial y otros, aceptan, por lo menos en mi país y en nuestra tradición académica, que cabe un conocimiento teórico, así como un tratamiento práctico, del derecho. Creo que Bulygin, el otro autor argentino a que se refiere la nota de marras, acepta también la posibilidad de un conocimiento teórico del derecho, al cual ha contribuido en algún trabajo. En España, se me hace en cambio, la tradición arraigada hasta hace bien poco de una formación jurídica con ribetes escolásticos y la aceptación de un conocimiento «práctico» — como repetían los tomistas y ahora repiten los adeptos a un conocimiento argumentativo o cosa por el estilo—, y quizás el poco prestigio de una literatura destinada a comentar el derecho de la época franquista, pero que continúa estudiándose hasta ahora, han dado pie a una notoria desconfianza por el valor teórico de las llamadas ciencias jurídicas. Con mayor generalidad, claro está, es tema recurrente desde hace mucho el cuestionamiento del carácter teórico (científico) de datos normativos.

En todo caso, me parece notorio que la noción de derecho subjetivo concuerda con la característica que Hernández Marín atribuye a los conceptos teóricos en general, a saber, el no ser directamente referentes a hechos observables. Para él, los enunciados que contengan expresión de un derecho subjetivo, no son más que «abreviación» (i.e.: definición) de enunciados del tipo «existe una norma, según la cual los individuos de la clase F tienen derecho (subjetivo) a x», enunciado que Kelsen seguramente consideraría una *Rechtssatz* de alguna ciencia jurídica y cuya índole lógica y epistemológica, apunto, es harto compleja. Baste advertir que se trata, en rigor, de un conjunto, sintácticamente complejo, formado por varias oraciones «imbricadas» (embedded), cuyas condiciones de verdad son dispares: algunas ciertamente no admiten corroboración empírica alguna, mientras que otras, por lo menos indirectamente, sí. Por ello no me parece afortunado el análisis que Hernández Marín propone del enunciado «los hombres tienen derecho a una vida digna» (asunto, por cierto, que no he tocado en el artículo mío a que se refiere la nota de Hernández Marín). Claro está que si «tener derecho (subjetivo)» es la abreviatura del enunciado (3) de la nota de Hernández Marín, la oración «los hombres tienen derecho a una

vida digna» no es una «afirmación fáctica», como aceptaría el más lego y como Hernández Marín ratifica. Tal enunciado no fáctico, para seguir el lenguaje de la nota, se referiría a un «mundo de ideas» que «no es susceptible de control empírico», sino sólo sujeto al control «de la luz interna del intelecto». De ahí que, con toda razón, Hernández Marín repudie a los defensores de los derechos humanos que buscan evitar una «ontología idealista» recurriendo a datos empíricos tales como exigencias, intereses o necesidades básicas de la humanidad. Pero a Hernández Marín no le gusta tampoco relegar los derechos subjetivos (los derechos humanos, en el caso) al «reino de las ideas.. ya suficientemente poblado con las entidades lógicas y matemáticas». A mi tampoco me gusta mucho abastecer el ya fértil mundo de las ideas de más artefactos engorrosos. Pero no comparto la conclusión terminante de nuestro autor: no cree, dice, en la existencia de derechos humanos como «atributos ideales de objetos físicos» —yo tampoco—, ni tampoco «en la existencia de conjuntos de normas de naturaleza ideal, no fáctica (ni jurídicas, ni morales, ni positivas, ni no positivas)» —aquí tendríamos que embarcarnos en una bizantina discusión de cómo entender la existencia de normas «ideales»—. Hernández sólo cree en la existencia de normas positivas de carácter «factual». Por lo tanto, atribuir a los hombres derechos humanos, remitiéndose a normas ideales no positivas, sería para Hernández Marín, una tesis falsa. Tesis falsa, porque no hay cosa alguna que sea un derecho humano, un derecho subjetivo, una norma ideal no positiva. Yo también he sostenido algo semejante, discutiendo las fundamentaciones de los derechos humanos como derechos morales (moral rights) o exigencias morales normativas, preexistentes a las normas jurídicas positivas, o como normas de un supuesto derecho natural. En el trabajo mío que Hernández Marín menciona, justamente discuto una de esas tesis, propuesta por Bulygin. Pero el asunto tiene sus bemoles.

Me gusta mucho, por cierto, la arremetida de la nota contra ciertas actitudes poco francas, que lejos de admitir tesis iusnaturalistas implícitas, se embarcan en defensas «éticas» de los derechos humanos, o en referencias a valores, o en «la oscura tesis del relativismo ético» o en «una retorcida doctrina epistemológica, como es la doctrina ética no cognoscitiva». Y, luego, resucitan el viejo derecho natural como «un pelele que puede ser zarandeado por cualquiera», frase cáustica que de inmediato hace pensar en el derecho como integridad de Dworkin, como razonabilidad práctica de Aarnio y Peczenik, o como moralidad procesal en Alexy y otros autores à la page. Con menos fuerza retórica y entusiasmo, quizás, cosas semejantes he sostenido en discusiones sobre derechos humanos, frente a C. Nino, E. Bulygin, M. Farrell, E. Garzón, para referirme a mis compatriotas. Y por cierto he manifestado mi rechazo a los iusnaturalismos «ocultos» de autores españoles como F. Laporta y E. Fernández, entre otros. Pero de ahí a rechazar toda noción «ideal», como casi todos los conceptos teóricos son considerados, para

quedarnos con normas «factuales», cuyas condiciones de identidad son esquivas, me parece injustificado e incómodo analíticamente.

Claro que no comparto el radical nihilismo que, al parecer, Hernández Marín mantiene con respecto a un (posible) conocimiento teórico del derecho. Por ende, me sigue pareciendo exagerada la tesis sobre la inexistencia de derechos subjetivos, si no es entendida, como escribí en mi artículo, como la trivialidad de que no hay ninguna entidad objetiva designada como el rótulo de «derecho subjetivo». También me parece exagerada la negación de un posible conocimiento teórico del derecho («... no existe ninguna teoría [científica] del derecho, puesto que no existe ningún saber científico-jurídico...», etc.) o la tesis de que «todas las normas» tienen «carácter... factual». El asunto tiene mucha miga; algunos aspectos sorprendentes fueron encarados en el libro de Hernández Marín de teoría general del derecho, donde, si mal no recuerdo, ese carácter factual de los enunciados jurídicos podría, en el futuro, reducirse a la verificación empírica del estado, en un determinado momento, de la memoria de la computadora en que se archivaran las normas producidas por los creadores de enunciados jurídicos. Uno se resiste, quizás sin razón, a tan rotunda reducción, pues es claro que alguna noción de significado, seguramente conjuntista, no dejará de asomar la cola en estos vericuetos electrónicos-epistemológicos.

En todo caso, la tesis que Hernández Marín me atribuye de que «las doctrinas de los derechos humanos» serían «teorías científicas, cargadas de términos teóricos», salvo que se trate de un mero equívoco verbal u otra «exageración», no me pertenece: creo, más bien, que el conocimiento teórico del derecho, que supongo posible, no ha producido hasta ahora teorías satisfactorias sobre buena parte de los llamados derechos humanos, quizás porque su aparato «ideal» (conceptual) es insuficiente, quizás porque la carga ideológica del tema distrae la atención teórica de los juristas.

Aclaro que la tesis de Hernández Marín que cito en mi artículo la tomé de la página 173 del libro sobre teoría general de nuestro autor y que consideré que la parte II del mismo capítulo («Las expresiones de derecho subjetivo como nombres sin sentido y sin referencia») era el desarrollo de la tesis escuetamente formulada en la parte I B). Me parece claro que la referencia a ese libro en mi artículo, una referencia bastante breve por cierto, no puede ni debe considerarse un análisis mínimamente suficiente sobre las relaciones entre el pensamiento de A. Ross y el de R. Hernández Marín, tema en que no soy ducho. Aludo solamente a que, tanto para el autor danés como para Hernández Marín, no existen derechos subjetivos, en el sentido de que no hay, ontológicamente hablando, tales cosas en el mundo. Ello, con reservas, me parece bastante aceptable. Pero, cabe preguntar si alguien realmente se plantea problemas semejantes al nivel de una ontología un tanto ingenua.

La nota polémica que comento es bien jugosa. Da pie a problemas graves para la filosofía del derecho (o la teoría del derecho): ¿cómo concebir, por ejemplo, las normas jurídicas de tal suerte que en su respecto quepa hablar de leyes lógicas y, por ende, de la racionalidad del derecho en algún sentido a precisar? Ojala esta «nota polémica» de Hernández Marín permita una discusión más sustanciosa del manido tema de los derechos humanos y su «fundamentación» que, como bien dice nuestro autor, es asunto que se sigue manejando en el marco de viejos dualismos, gastados preconceptos y supuestas actitudes defensivas.

