

KELSEN, LA POSITIVIZACIÓN Y LA SUBJETIVIZACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL
ARGENTINA DE 1994

Hans Kelsen ¿QEPD?

PRIMERAS PALABRAS

Para empezar a hablar es preciso un idioma común a los hablantes. Y cuando se trata de una disquisición técnica es preciso que la acepción de los conceptos sea común a los participantes. Por ello hemos creído necesario, antes de hablar sobre los “derechos fundamentales en la Constitución Nacional” exponer qué entendemos por ‘derechos fundamentales’.

Inevitablemente, la idea de “derechos fundamento de derechos” nos introduce en el campo del derecho natural, ya que estamos aceptando una serie de derechos preexistentes al derecho positivo, el cual no tendría otra alternativa que reconocerlos, pues su creación provendría de una entidad sobrehumana, llámese dios, naturaleza o razón. Por su parte, la perspectiva iuspositivista no nos permite admitir derechos no positivizados.

Actualmente se equipara la expresión ‘derechos fundamentales’ a la locución ‘derechos humanos’. Massini Correas entiende que *“Una vez admitidos por el orden jurídico positivo, a los derechos humanos se los suele llamar derechos fundamentales.”* **(1)**

Aquí volvemos al problema de definiciones ya que tampoco está claro el significado del término ‘derechos humanos’. El mismo Massini Correas nos dice que *“el adjetivo ‘humanos’ quiere significar que ciertos derechos, de entre aquellos de los que el hombre es titular, son más ‘humanos’ que otros, es decir, implican una conexión más estrecha con la calidad o índole humana de su sujeto. Dicho en otras palabras, se trata de ciertos derechos que tienen por título propio y suficiente el mero carácter humano de su sujeto titular, su sola ‘hominidad’, sin importar su reconocimiento o recepción por algún texto jurídico - positivo.”* **(2)**

Y esta definición nos conduce a nuestro próximo punto.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO POSITIVO

Hemos elegido a Massini Correas por considerarlo el máximo y más claro exponente del iusnaturalismo en la Argentina. Pero su texto, como los de todos los que siguen esta tendencia, demuestra un menosprecio por los derechos fundamentales en tanto que positivos, para darle únicamente importancia a los derechos humanos, no escritos en norma alguna (ya que ni siquiera limitan sus fuentes a los tratados), sino supuestos, emergentes de una voluntad sobrenatural, los cuales se imponen al legislador como un ‘deber ser’ de la legislación positiva.

Este pensamiento, solapadamente naturalista, es muy difundido y, para nosotros, es muy peligroso. Una propaganda de la ONU repite: *‘Todos nacemos con derechos humanos. Los derechos humanos son de los pueblos y no de los gobiernos’*.

Consideramos que los derechos humanos, para que su operatividad esté asegurada, deben positivizarse en cada ordenamiento jurídico. No admitimos ninguna teoría que reconozca

KELSEN, LA POSITIVIZACIÓN Y LA SUBJETIVIZACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL
ARGENTINA DE 1994

derechos no consagrados por el derecho objetivo.

En nuestra opinión, el único derecho cuya admisión se impondría a todo ordenamiento, es el derecho a la vida de las personas, por la sencilla razón de que actúa como soporte lógico, como premisa básica de cualquier orden jurídico que, como tal, pretenda otorgar derechos e imponer obligaciones. Sin el derecho a la vida, es imposible el otorgamiento de cualquier otro derecho.

Reconocemos que nuestra exigencia de positivizar los derechos fundamentales puede ser peligrosa cuando un gobierno no admita estos importantísimos derechos a sus habitantes. Sin embargo también nos desagrada forzar a los sistemas jurídicos nacionales a admitir derechos indeterminados, no reglamentados, de desconocida extensión y, quizás, no acordes con el sentir mayoritario. En conclusión: optamos, también en lo jurídico, por el principio de la autodeterminación de los pueblos.

LA MODA DE LOS DERECHOS HUMANOS (3)
Creemos que los derechos humanos, tal como los conocemos, son 'derechos standard' de la cultura occidental, capitalista y cristiana, forman parte de su canon jurídico.

Y, muchos de ellos, son incompatibles con algunas culturas no occidentales o no capitalistas o no cristianas, e intentar imponerlos sólo revelaría nuestra tentación de imperialistas jurídicos.

No cabe duda que los derechos humanos han sido el instrumento básico de enormes y benéficos cambios jurídicos, sociales y políticos de esta última mitad de siglo. Pero también se han ido revelando como excusa y herramienta de dominación colonial, el nuevo derecho romano, el nuevo código napoleónico.

Esto parece entendible tratándose del Consejo de Seguridad de la ONU, pero no nos resulta comprensible en juristas sin ningún compromiso fuera de lo teórico.

Debemos andar con cuidado para no darles una validez universal a todos ellos, no debemos olvidar que, en este mundo globalizado, todavía hay diferencias, matices, particularidades, que debemos respetar. Y aquí los iusnaturalistas podrían ver también el derecho humano a la tolerancia de la diversidad.

Debemos admitir que estos derechos sin positivizar sólo son normas supuestas y por ello no entran en el campo del derecho, por lo menos desde la mirada de la Teoría Pura que aquí seguimos. Son el derecho natural de nuestro tiempo, como admiten Bulygin y Peces-Barba Martínez, ya que pretenden servir para criticar a los diferentes derechos positivos.

Kelsen nos abre los ojos cuando dice: *"Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las*

KELSEN, LA POSITIVIZACIÓN Y LA SUBJETIVIZACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL
ARGENTINA DE 1994

normas que la doctrina del derecho natural considera 'puestas' por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos." (4)

Esta calidad de derechos naturales que se le atribuye a los derechos humanos se confirma cuando los autores iusnaturalistas afirman que los derechos consagrados en las constituciones y en los tratados internacionales, son sólo una enunciación no limitativa, pues existirían muchos otros no mencionados en ningún tratado ni en otro instrumento escrito, sino que estarían implícitos, que surgirían de la naturaleza del hombre y de las cosas.

Nosotros sólo admitimos los derechos humanos cuando han sido consagrados positivamente, porque no estamos dispuestos a aceptar ningún derecho natural. El derecho es el derecho positivo, incluyendo en él toda la enorme fuente escrita de los tratados internacionales. Así se ha dicho: *"Alguien tiene un derecho o un deber fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece. Son derechos y deberes jurídicos." (5)*

El cúmulo de reflexiones antes expuestas, nos lleva a decir que es imprescindible, para su aplicación, que los ordenamientos jurídicos nacionales positivicen los derechos humanos, convirtiéndolos en derechos fundamentales positivos.

Eso es lo que hicieron los constituyentes en 1853-1860 (con la limitada excepción del artículo 33) y completaron ampliamente los convencionales reformadores de 1994 mediante la inclusión de los tratados sobre derechos humanos en nuestro derecho interno. Y esta positividad de los derechos personales hace que nuestra Constitución pueda llamarse tal, por lo menos en el marco de la definición que dieran los revolucionarios franceses con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Pero un derecho no instrumentable no sirve como derecho, o por lo menos torna dificultosa su aplicación como lo demuestra nuestra ardua jurisprudencia al respecto (6). Y aquí surge el siguiente punto de nuestro trabajo.

Derechos fundamentales subjetivos

Tomás Ramón Fernández señala que los derechos fundamentales *"se configuraron siempre como derechos subjetivos, esto es, como auténticos poderes de exigir, incluso y especialmente en sede judicial como es lo propio de todo derecho subjetivo, a todos y particularmente al Estado, un comportamiento determinado consistente en su pleno respeto y en la abstención formal de toda actitud o conducta obstativa de su efectivo despliegue." (7)*

La aparente antinomia que se manifiesta al sostener que los derechos humanos son derechos subjetivos preexistentes, que se imponen al derecho objetivo, es resuelta por Kelsen: *"Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la*

KELSEN, LA POSITIVIZACIÓN Y LA SUBJETIVIZACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL
ARGENTINA DE 1994

medida en que ha sido creado por éste.(...)

La Teoría Pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querrela o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.” (8)

Partiendo de estas luminosas nociones podemos decir que la reforma de 1994 ha subjetivado los derechos fundamentales al dar herramientas a los individuos para hacerlos valer, mediante la consagración de las garantías del artículo 43. Así, se otorgan al individuo, sujeto de los derechos fundamentales, mecanismos por los cuales se convierte su voluntad en movilizadora del aparato jurídico para la efectividad del derecho.

Pero además, como quería Kelsen, con la asepsia que aquí proponemos, estaremos evitando el abuso ideológico del derecho.

Conclusiones

1ª - La convención reformadora de 1994 continuó la obra constitucionalizadora, forma suprema de la positivización, iniciada por los constituyentes del 53/60 y los reformadores del 57, positivización que también realizó el Congreso, aprobando leyes y ratificando e incorporando tratados. Y destacamos esta actividad positivizadora porque la consideramos imprescindible para la vigencia de los derechos fundamentales.

2ª - La reforma, por primera vez en la historia constitucional argentina, subjetivó los derechos fundamentales mediante la constitucionalización de las garantías jurisdiccionales del artículo 43, lo cual ya había sido esbozado por el Congreso mediante las leyes de habeas corpus y amparo, y por los tribunales con sus creaciones jurisprudenciales al respecto. Destacamos también esta subjetivación por ser decisiva para la eficacia de los derechos fundamentales.

3ª - Los derechos fundamentales positivizados aparecen como adecuados a la moral media argentina por lo cual es factible predecir su respeto.

4ª - Por último, es dable aseverar que el amplio abanico de derechos fundamentales consagrados por el derecho positivo argentino brinda un adecuado margen de desarrollo para la personalidad de los seres humanos, sin necesidad de recurrir a derechos no escritos.

KELSEN, LA POSITIVIZACIÓN Y LA SUBJETIVIZACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL
ARGENTINA DE 1994

- (1)** Massini Correas, Carlos; “Los Derechos Humanos y la Constitución Reformada” en el libro “La Reforma Constitucional Interpretada”; Depalma; 1995; pág. 76.
- (2)** Massini Correas, Carlos; op. cit.; pág. 74. Del mismo autor “Filosofía del Derecho”; Abeledo - Perrot; 1994.
- (3)** Bidart Campos, Germán; “El panorama de los Derechos Humanos a fin de siglo” en el libro “Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad (pensando el puente al 2001 desde el presente y el futuro)”; pág. 14; EDIAR; 1999.
- (4)** Kelsen, Hans; “Teoría Pura del Derecho”; Eudeba; 1997; pág. 102.
- (5)** Peces-Barba Martínez, Gregorio; “Derecho y Derechos Fundamentales”; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1993.
- (6)** “Siri”, “Ekmekdjian c/ Sofovich”, etc.
- (7)** Fernández, Tomás Ramón; “Los Derechos Constitucionales”; en la obra “El Derecho Público de Finales de Siglo. Una perspectiva Iberoamericana.”; Civitas; Madrid; pág. 470.
- (8)** Kelsen, Hans; op. cit.; págs. 114 y 115.