

Derecho, derechos y legislación

Irene Loreto González

SUMARIO

- I. Ideas preliminares**
- II. Consideraciones alrededor del concepto de derecho fundamental**
 - 1. Derechos fundamentales**
 - 2. Derechos humanos**
 - 3. La justicia como fundamento de todo derecho**
 - 4. La Ley**
- III. El lugar de la Ley en la concepción cristiana del hombre**
 - 1. La ordenación de todo lo creado a Dios**
 - 2. Dependencia de las leyes humanas de la ley eterna**
 - 3. La libre incorporación de los hombres a los planes de Dios**
- IV. Protecciones de Derecho Constitucional**
 - 1. Ámbito de protección del Derecho Constitucional**
 - 2. Teorías de los derechos fundamentales**
- Bibliografía**

I. IDEAS PRELIMINARES

Inquietudes sobre lo que es un derecho, como surge, quien lo avala y como lo protegen los órganos del Estado, conducen al estudio de los “Derechos Fundamentales”, su naturaleza y su inherencia a la persona con independencia a que “la Ley” los consagre o los ignore, de aquí el título “Derecho, derechos y legislación”.

Por ello, hicimos un breve recorrido filosófico en torno al hombre como ser creado por un ser superior y su dependencia de éste; con el objeto de precisar cómo el hombre –por encima de las autoridades políticas o judiciales– debe dar cuenta a su creador, y partiendo de este principio, desarrollar entonces su actividades personales y sociales en una organización político-cultural.

En este marco de los derechos del hombre, la Constitución y las leyes, vendrían a ser los conductos mediante los cuales se protegen esos derechos, y surge entonces la pregunta ¿deben todos los derechos estar contenidos en una Constitución?, ¿deben ser estos enunciados en la Constitución o deben estar desarrollados? Por ello hacemos alusión a las diversas escuelas sobre los derechos fundamentales, e igualmente a la Constitución de Los Estados Unidos como un ejemplo de Constitución que sin hacer un desarrollo de los derechos del hombre, se fundamenta en ellos para prever la organización política de la Nación.

II. CONSIDERACIONES ALREDEDOR DEL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

1. Derechos Fundamentales

Una clásica definición de derechos fundamentales es considerarlos como:

“Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negati-

*va (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presu-
puesto de su idoneidad para ser titular de situaciones ju-
rídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”¹.*

Del anterior texto, a nuestro entender, se desprenden dos ideas fundamentales. La primera es la asunción de una cualidad del hombre que manifiesta su dignidad, que genera un derecho; y la segunda es que éste derecho esté protegido por una norma legal. En el origen de ésta protección legal se centra buena parte del presente trabajo, tratando de concluir en la existencia de la supervivencia del derecho independientemente de que éste esté consagrado o no en una norma legal. Es por ello que comenzamos el desarrollo de la anterior idea con el estudio de los conceptos de los derechos humanos, Derecho, justicia y legislación.

2. Derechos humanos

“Son los derechos de la persona a vivir conforme a su naturaleza y en comunidad con otras personas. (...) Los derechos humanos son en consecuencia, derechos que proporcionan a las personas los instrumentos, los medios, las posibilidades y la capacidad de proteger sus derechos mediante los tribunales. Cuanto más poderosos son los tribunales, mas libremente deciden, cuanto más accesibles son los derechos humanos, serán mejor protegidos”².

“Los Derechos humanos no significan que un habitante de Burundi deba disponer de las mismas autopistas y universidades que un habitante de Francia. Pero ambos deben tener iguales posibilidades para desarrollarse, en sus propios países y de acuerdo con sus capacidades naturales, como lo hacen los demás. (...) El Estado no puede obligar a las personas a actuar de una manera determinada solo porque son diferentes al grupo dominante. El

¹ FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías. La Ley de más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, p. 37.

² FLEINER, Thomas; *Derechos humanos*. Editorial Temis, pp. 10 y 15, Santa Fe de Bogotá, 1999.

color de la piel, el sexo y las raíces culturales, afectivas y familiares forman parte de la identidad de las personas”³.

“La idea fundamental de la moderna comprensión de los derechos humanos consiste, en que el gobierno está precisamente obligado a respetar los derechos humanos. Estos limitan el poder del Estado y obligan al gobierno a respetar la dignidad humana aun cuando le repugne hacerlo. El respeto esta obligación –y esto constituye el contenido esencial de los derechos humanos– debe poder ser garantizado mediante jueces independientes. Estos deben tener la potestad, en caso de violación de los derechos humanos, de tomar las medidas necesarias aun contra el jefe de estado. Si comprendemos derechos humanos como derechos, su protección compete a los jueces. Pues el derecho tiene esta condición cuando un juez puede tanto fijar su contenido y límites⁴.

3. La Justicia como fundamento de todo derecho

Según Aristóteles la Justicia es el orden de la comunidad Política⁵, es decir una armonía de los hombres que se relacionan de un modo tal que alcanzan su perfección propia, y como resultado, la perfección del conjunto de la ciudad: los problemas se resuelven mediante la jurisprudencia, no con violencia. La justicia implica en la persona singular actuar justamente con los demás, y ser así virtuoso, y en la comunidad, la autoridad de la ley, es decir, el respeto al derecho, que rige las relaciones entre los hombres. Si no hay respeto a la ley es que los hombres no son justos, y por tanto, no se ayudan a tener cada uno lo suyo. Son las leyes bien establecidas las que deben tener la soberanía, pues el que defiende el gobierno de la ley, parece defender el gobierno de la inteligencia. Una Ley justa, bien establecida es quien debe mandar sobre los hombres, porque mediante ella se instaura la racionalidad⁶.

³ FLEINER, Thomas; *Ob. cit.*, p. 11.

⁴ FLEINER, Thomas; *Ob. cit.*, p. 14.

⁵ ARISTÓTELES; *Política*, 1253 a 37.

⁶ ARISTÓTELES; *Política*, 1253 a 37.

Importa mucho entender que la autoridad sobre los hombres no pertenece a quien de ellos tenga más fuerza o pretenda ser superior por nacimiento o por ambición, sino a la ley que rige a todos, que es expresión de una regla común, muchas veces experimentada, y de un modo racional de conducirse que todos pueden compartir, puesto que, según se ha visto, introduce el orden y la medida que implica la justicia, y ahuyenta el capricho, la arbitrariedad, el individualismo, la fuerza bruta, la violencia y el miedo como criterios de conducta. Si no hay justicia, las relaciones interpersonales verdaderamente humanas desaparecen, puesto que lo que manda es la fuerza, y al final, la violencia, la fuerza sin ley. Si hay justicia y el derecho se funda en el discernimiento de lo justo, puede comenzar el diálogo y aparecer la benevolencia, y en consecuencia, lo común. La primera forma de cultura es el derecho y su vigencia significa superar la barbarie: así se han civilizado los hombres.

Regir según la ley justa la conducta personal, las relaciones interpersonales y la vida social es el mejor de todos los regímenes cívicos y políticos. Podemos designarlo con el nombre de nomocracia, es decir dominio o autoridad de la ley. Ningún régimen político ni institucional es aceptable, ni siquiera la democracia, sin nomocracia, puesto que mediante ella cesa el arbitrio subjetivo y el interés injusto, y se instaura el diálogo racional y la autoridad política⁷.

Hay un hábito de interpretar la ley como un instrumento del poder legítimo para dominar a los hombres mediante la fuerza coactiva, de tal modo que lo que definiría la ley sería precisamente la capacidad de imponer coactivamente una disposición legalmente emanada de la autoridad. Desde este hábito resulta difícil evitar la tentación de identificar el derecho con legislación⁸. Esta visión del derecho, que lo confunde con la legislación positiva emanada legítimamente de los órganos del Estado, tiende a escindir la ley humana en dos mitades ajenas y separadas entre sí: la ley moral interna y privada y la ley positiva, social, externa, concreta y pública. La moral y el derecho son entonces dos esferas autónomas. La consecuencia de esta separación es recluir el problema de la justicia en el santuario de la

⁷ YEPES STORK, Ricardo; *Fundamentos de Antropología*. Ediciones Universidad de Navarra, p. 314, 1996.

⁸ CARPINTERO F.; *Una introducción a la ciencia jurídica*, citado por YEPES STORK, Ricardo; *Fundamentos de Antropología*, Ediciones Universidad de Navarra, p. 314, 1996.

intimidad de la conciencia, y reducir el derecho a una mera convención, es decir, un acuerdo de los hombres mediante el cual la autoridad legitima elegida por ellos obliga a los demás a respetar los pactos establecidos, los cuales, del mismo modo que hoy son de un modo, mañana pueden ser de otro: basta que cambie la voluntad de los que pactan. El problema de esta escisión entre la moral y el derecho, es decir, entre los principios de la ley humana y sus conclusiones, obliga a establecer como criterio de justicia la mera legalidad, y encomienda a la fuerza coactiva del estado el establecimiento del dominio de la ley sobre los hombres: la nomocracia depende en tales casos de la coacción con que se obliga legalmente a cumplir la ley. En último extremo este planteamiento otorga la primacía a la mera voluntad del que establece la ley o del que manda. Pero la voluntad sola, sin racionalidad, es mera fuerza, puesto que la regla y la ley proceden de la razón.

El argumento más rotundo y definitivo para invalidar esta visión del Derecho (cosa bien distinta es lograr inspirar en otros principios la actuación fáctica del estado y de ciertas instituciones), aún hoy vigente en la teoría y la práctica de muchos, dice que es preferible que los hombres pongan sobre sí la autoridad común de la razón compartida por todos, antes que la voluntad de un solo individuo, con la fuerza y el poder que pueda acumular a su servicio. La autoridad despótica sólo es adecuada para gobernar seres inertes. Para gobernar seres racionales, hay que hacerlo desde la razón. La ley es el criterio común de la autoridad política, la única digna de reinar sobre los hombres, una autoridad interiorizada, dialogada y libre.

Lo que aquí se quiere destacar es que la separación de la moral y del derecho es perjudicial para ambos: es una forma más de dualismo. La moral pasa a ser un código extraño a la vida social, en cuyo auxilio viene como invitada inoportuna y molesta. El derecho, la política y la vida social dejan entonces de buscar la justicia intrínseca a cada situación y problema y sustituyen los principios de la ley humana por otros tomados de la legislación vigente, o de la moda cultural, o de la opinión de un grupo representativo, como si éstos fueran justos de por sí, por el mero hecho de ser emitidos libremente. Irremediablemente sucede entonces que se dirimen los conflictos con criterios de mayoría o de legalidad, cuando ninguno de ambos son necesariamente racionales y justos, sino más bien numéricos o coactivos: aparecen entonces formas solapadas de autoridad despótica como medida

de las relaciones humanas, pues se impone el grupo de presión que más fuerza tiene.

La solución a este arduo problema: la legislación está al servicio de la justicia, que es algo propio de la razón y la conducta de cada persona singular, pues requiere una aplicación de los principios de la ley humana y de la codificación de la justicia ya otorgada a cada caso particular. Esto se traduce en el análisis de lo que es justo en cada caso, diálogo, argumentación racional a partir de premisas y convicciones comunes, y un largo etcétera que dibuja el perfil de la acción prudente, respetuosa del sentido de las cosas. En suma, una institución verdaderamente justa debe tener rasgos comunitarios, los cuales establecen un tipo de relaciones humanas en las que tiene primacía lo verdaderamente común: la razón. Esto es la nomocracia.

4. La Ley

La ley es amiga de los hombres porque los protege de la violencia y hace nacer la seguridad de usos y costumbres compartidos y estables. En este punto conviene evitar un falso romanticismo intimista, y la ausencia consiguiente de mentalidad jurídica, tan corrientes en un mundo que ha perdido el aprecio por la ley al confundirla con el estado legislados. El planteamiento intimista de la libertad no admite otra ley que la que cada uno se da a sí mismo (subjetivismo) y ve la organización de la vida social, las instituciones, las relaciones interpersonales, la educación y en último extremo la cultura misma, como un ámbito extraño que se nos quiere imponer.

La falta de aprecio de la ley impide ver la vida social como lo que debería ser (el escenario de la plenitud humana) y se conforma resignadamente con verlo como lo que parece ser realmente (el escenario del imperio de las voluntades particulares). La desconfianza hacia la política procede de la contemplación de una sociedad en que la belleza de la nomocracia y del imperio de la autoridad política ha sido sustituido por la lucha legal o ilegal, entre fuerzas con mucho superiores al individuo. Todo esto nos hace volver los ojos a una necesidad básica del hombre: la de saber a qué atenerse, y prever lo que sucederá, de modo que la conducta pueda tomar en cada momento las decisiones oportunas: La reserva, si cabe hablar así, que el hombre tiene para su relativa carencia de instintos, es el saber, y en este

caso, el saber práctico. *“El saber práctico, la ética vivida y sabida, dan solidez y seguridad a mi comportamiento cotidiano y con ello a mi vida; es decir me ayudan a decidir”*⁹. La ética es el arte de saber comportarse frente a las circunstancias cambiantes de la vida, es decir el arte de vivir. La necesidad de seguridad y de previsión es la consecuencia de la finitud y la debilidad humana, frente al mal y a la violencia que le amenazan. El hombre necesita seguridades y certezas desde las que vivir y actuar, aunque no sean definitivas, pues nunca suelen serlo.

La estabilidad y seguridad de la vida humana significan, no sólo saber a qué atenerse y tener pequeñas certezas o grandes convicciones, sino también la posesión y uso pacíficos y estables de los propios derechos: poseer un territorio, habitar un paraje, tener una casa y sus instrumentos, vivir en paz, disponer libremente de los recursos necesarios para la vida y el bienestar, y alcanzar, conservar y aumentar los bienes que integran la vida buena, fin de la vida social.

Los recursos con los que el hombre puede defenderse de los peligros que amenazan esta seguridad son dos: la fuerza y la razón. Cuando ambas se unen, los resultados son infinitamente mayores que cuando ambas actúan separada y descoordinadamente. La razón proporciona el saber necesario para conducirse, encauzar adecuadamente la fuerza imperiosa de la vida y de los sentimientos propios y ajenos (P.ej. el odio, la envidia, la ira, etc.), comunicarse con los demás y preservar la vida social, la autoridad política y la nomocracia. *“La fuerza y la razón unidas producen en el hombre y la sociedad la virtud, que es fuerza benefactora, poder creador y conservador de bienes; ésta referida a los demás, es justicia, respeto al Derecho”*¹⁰.

La principal fuerza preservadora de la seguridad de la vida humana es por tanto la ley, entendida como aquí se ha hecho *“en las leyes está la salvación de la ciudad”*¹¹. Visto así, el derecho es entonces una fuerza ancestral, implantada en las instituciones y comunidades mediante la costumbre de respetarlo: se convierte en un importante y decisivo elemento de

⁹ ALVIRA, R.; *Reivindicación de la voluntad*, citado por YEPES STORK, Ricardo; *Fundamentos de Antropología*, Ediciones Universidad de Navarra, p. 314, 1996.

¹⁰ ARISTÓTELES, *Rethorica* 360 a 19.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ob. cit.*, 360 a 19.

tradición recibida. La nomocracia en definitiva, preserva los bienes de la sociedad.

Una forma de injusticia que introduce el desequilibrio, y pervierte la nomocracia, consiste en afirmar que no todos los hombres son iguales, sino que existe una desigualdad nativa entre ellos. Esto se puede afirmar teórica y prácticamente, dando origen al racismo, a la esclavitud y a formas despóticas de servidumbre basadas en el falso supuesto de que unos hombres son naturalmente superiores a otros. Frente a esto hay que decir que todos los hombres somos iguales; hay una sola raza, la raza de las personas humanas, todas igualmente respetables. El reconocimiento jurídico y el desarrollo concreto de este principio ha dado origen a las declaraciones de derechos humanos que deben ser tomados como principios de todo derecho, legislación y vida política.

La falsa creencia de que unos pueblos son por nacimiento o por merecimiento inferiores a otros ha sido, y es aún, camino permanentemente abierto a lo largo de la historia para pasar de la justa defensa del propio territorio y posesiones, injustamente invadidos por otros, a la invasión y sometimiento del vecino como medio de afirmar la propia superioridad. La justificación y el empleo de la fuerza coactiva, con ley o sin ella, para someter a los demás a mi voluntad es una constante histórica, tanto en la teoría como en la práctica. Esta tendencia agresiva, que ha generado y genera guerras constantes, es “un dialogo mal llevado”, es decir una sustitución de la razón por la fuerza. Hoy, el dialogo mal llevado tienen lugar en los territorios y ciudades donde la pluralidad étnica permanece como obstáculo para la armonía social.

La erradicación de esa tendencia es una tela que constantemente hay que volver a tejer, para que el poder de la injusticia no haga retroceder al de la justicia. Una sociedad es tanto mas segura cuanto mas tejido social tenga regido por la nomocracia. Por otra parte, la afirmación práctica de la propia superioridad natural respecto de los demás se transforma casi siempre en discriminación y en la vigencia de la ley del mas fuerte, sustentada por la voluntad de poder.

La seguridad se transforma en paz cuando se le añade la armonía del hombre con el medio, con los demás hombres y consigo mismo: la paz exterior significa ausencia de conflictos y concordia, un acto propio del

amor que tiene como requisito previo la armonía del alma, el sosegado y tranquilo fluir de las tendencias humanas en autoridad política unas con otras “la paz interior”. A la concordia que nace de ella se le añade entonces la resolución de los problemas exteriores mediante el trabajo y la técnica, y sobre todo, la mediación de la justicia, la autoridad política, la tolerancia y el respeto, a todos los cuales se pueden sumar los restantes actos del amor, en la medida en que la amistad consiga acompañar el imperio de la justicia y de la nomocracia sobre personas e instituciones. *El estudio pormenorizado de los actos que preservan la justicia y la paz entre los hombres, y por tanto, la seguridad, pertenece a la ética*¹².

III. EL LUGAR DE LA LEY EN LA CONCEPCIÓN CRISTIANA DEL HOMBRE

1. La ordenación de todo lo creado a Dios

*Dios causa la totalidad de las criaturas y las atrae hacia sí: por eso, todas están como en tensión entre los dos polos de su origen y de su destino divinos*¹³. Sólo desde Dios, como creador y fin último del Universo, alcanzamos a penetrar en su intimidad el orden de las cosas, ya que existen solamente porque Dios las ha creado y porque las ha creado para sí. “En su perfecta sabiduría, Dios ha ordenado cada criatura, en la unidad de su ser y la inmutabilidad sustancial de su naturaleza, para que recorra el propio camino de retorno a El, y la guía y la mueve atrayéndola hacia Sí. Esta ordenación a Dios de las criaturas implica un orden interno en la creación: cada criatura es para su propio acto y perfección, las menos nobles para las más nobles, cada una para el bien de todo el universo, y todo el Universo para Dios, en cuanto imitándolo, representa su divina bondad y manifiesta su gloria, y así se explica por qué los entes del Universo parecen como penetrados por una especie de afinidad universal, que se manifiesta en la atracción o simpatía universal de unos hacia otros, en cuanto los inferiores aspiran y tienden hacia los superiores para alcanzar una participación de sus perfecciones, afinidad ontológica que hace del mundo un todo en sí ordenado, o cosmos. Esto esclarece, al mismo tiempo, que el ser

¹² YEPES STORK, Ricardo; *Ob. cit.*, p. 320.

¹³ BURKHART, Ernst; *La Grandeza del Orden Divino*. Universidad de Navarra, Pamplona, p. 23, 1977.

de las criaturas está indisolublemente unido al orden impreso por Dios en el Universo: en la medida en que una cosa es, posee una ordenación al fin; las criaturas al recibir el ser, reciben simultáneamente su ordenación al último fin, y la capacidad de dirigirse a él. Y así el orden de las cosas que es un bien, es creado por Dios y entregado a la criatura con el ser: la relación al creador, fundamento de la bondad creatural, es poseída por la criatura –de algún modo en su totalidad– por la misma acción creadora. De ahí que la ordenación de las criaturas se encuentra antes en Dios, que en ellas mismas; es el plan de la divina sabiduría imperado por su voluntad, para conducir todas las cosas hacia su fin, que es El mismo. El orden de las criaturas es por ende, una participación en la misma *ratio* divina y de ella descende: es la misma sabiduría divina la que mueve y dirige hacia su fin a todas las criaturas –según su propia naturaleza– como norma suprema de toda actividad.

*El orden natural que las criaturas guardan a Dios y entre sí, se instaure en el mundo porque El lo gobierna (...) el gobierno divino sigue un plan, se desarrolla según una ley eterna que no difiere realmente de Dios mismo (...) y le corresponde por tanto, la ordenación efectiva de las criaturas, le elección y realización de una de las infinitas alternativas de su omnipotencia creadora. Pero además le es propia la ejecución de ese orden concreto que proyecta sobre la creación: Dios por su providencia gobierna a las criaturas*¹⁴. En su aspecto primero de expresión de la ley eterna en el universo creado, pertenece inmediatamente a Dios; en el segundo –en cuanto gobierna a las criaturas– la providencia actúa ordinariamente de un modo mediato: Dios suele gobernar una criaturas a través de otras. Y esto no por defecto de su poder, sino por abundancia de su bondad: para comunicar también la dignidad de su causalidad a las criaturas, ya que precisamente ser causa de bondad para otras criaturas implica una mayor perfección, por ser participación de una más alta semejanza de Dios, que es causa de toda bondad.

2. Dependencia de las leyes humanas de la Ley eterna

La ley eterna es el fundamento de toda ordenación de las criaturas, y lo es de un modo radical, porque no existe ningún orden que no lo sea por

¹⁴ COLOM COSTA, Enrique; *Dios y el Obrar Humano*. Universidad de Navarra, Pamplona, p. 48, 1976.

participación deficiente de la ordenación divina, y por lo tanto como actualmente contenido y sostenido por la ley eterna: todo gobierno de las criaturas procede y depende del gobierno de Dios. En cualquier conjunto de seres que se mueven ordenadamente, cada uno depende del superior y dirige a los que le están sujetos conforme a las indicaciones recibidas. Resulta evidente, por tanto, que todo gobierno de las criaturas debe derivarse del plan de gobierno en Dios, gobernador supremo del universo, o sea, de la ley eterna, que es la divina *ratio gubernationis*. Así cualquier norma del derecho positivo en tanto es fuente de orden y tiene razón de ley, en cuanto se deriva realmente de la ley eterna. La capacidad de gobernar, de dirigirse y de dirigir a otros, que corresponde al hombre, se inserta pues, sin dejar de ser libre, necesariamente en el plan divino: el poder del hombre de proveerse a sí mismo y a otras criaturas racionales de participación activa en la providencia divina, posibilidad de legislar libremente, sin por eso escapar jamás al orden eterno de la ley de Dios.(...) La fuerza de la ley humana deriva totalmente de Dios, de su participación en el orden divino. Cuanto más un gobernante se esfuerza por adherirse a esa divina ordenación, mayor vigor cobran sus leyes, como más ricamente partícipes de la energía del orden divino, de la luminosidad de su sabiduría. Por eso cuanto más crecen las pretensiones de absoluta autonomía de un legislador humano, más sus leyes decaen de vigor, de fuerza real de ordenar. Cuando cae en olvido la dependencia imperturbable que tienen de la ley de Dios los intentos ordenadores del derecho humano, y más cuando se niega abiertamente esta dependencia, excluyendo la providencia divina acerca del hombre y afirmando que todo ocurre fortuitamente, a no ser que sea ordenado por la providencia y el consejo humano, entonces el resultado es siempre violencia e injusticia. Y no se puede esperar otra cosa, porque si se quita la providencia divina, no queda entre los hombres ya nada que reverencie a Dios y de temor con verdad; y cuanto inclinación a los vicios se sigue de ahí, lo ve cualquiera con toda claridad, no hay nada que aparte tanto a los hombres del mal como el amor y el temor de Dios. Es una experiencia tan antigua como la misma sociedad que las leyes humanas cuanto más han intentado valer por sí mismas –como si el legislador humano fuese la causa primera, a nadie sometido– más siempre han tenido que recurrir a la coacción y más han tenido razón de violencia que de ley, eran y son, como Santo Tomás los califica, *lex iniqua, perversitas legis, legis corruptio*¹⁵. Para que el derecho humano no sea una caricatura de ley, opresión de la verdadera liber-

¹⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO; *Summa Theologica*. I-II, q. 93.

tad del hombre, es preciso que sea penetrado y sustentado por el orden divino que los gobernantes tratan de descubrir y de realizar, porque sólo en las medidas en que las leyes humanas corresponden a la recta razón –que regula atendiendo al bien común– se hace patente su derivación de la ley eterna. Hay una doble regla de la voluntad humana, una doble medida también para el poder de la autoridad: “una –próxima y homogénea– es la misma razón del hombre; otra en cambio –la regla primera– es la ley eterna, que es en cierta manera la razón de Dios. Si la ley humana concuerda con esta doble regla –que en realidad se hace una, ya que la razón humana es verdadera regla sólo por su conformidad con la sabiduría y voluntad divinas– participa de alguna manera de la ley eterna. Y es entonces –solamente entonces– cuando se entiende que la voluntad de un príncipe tenga vigor de ley, porque de otro modo sería mas iniquidad que ley ¹⁶. Esta concordancia de las leyes humanas con la ley eternal se consigue pues a través del ejercicio de la prudencia, que está dispuesta a cooperar libremente con la providencia divina. Es cierto que de alguna manera, también los príncipes malos son ministros de Dios, para imponer, según su divina ordenación, las penas, pero se trata entonces ya no de una colaboración activa en el gobierno divino, sino de una –si se permite hablar así– instrumentalización de los malos gobernantes para el bien que Dios siempre saca de las deficiencias de sus criaturas. El auténtico gobierno humano, sin embargo, no se desvincula del orden divino, no se independiza para perder su dignidad, sino se deja regir por la ley eterna, anticipada como ley natural y como ley de la gracia por los hombres. *Al perseguir su fin inmediato se deja informar por su regla superior: la ley divina, la ley natura. Así, releyendo a san Isidoro, Santo Tomás define los presupuestos para que una disposición de la autoridad tenga verdadero carácter de ley: en cuanto guarda proporción debida a la ley divina, en cuanto guarda debida proporción a la ley natural, en cuanto guarda la debida proporción al bien común* ¹⁷.

3. La libre incorporación de los hombres a los planes de Dios

La concepción cristiana del hombre tiene como característica esencial la continua dependencia de Dios. La Sagrada escritura dibuja en base

¹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO; *Ob. cit.*, I-II q. 71.

¹⁷ COLOM COSTA, Enrique; *Dios y el Obrar Humano*. Universidad de Navarra, Pamplona, p. 177, 1976.

a tal dependencia, los rasgos esenciales de la persona. La libertad humana es entendida en una visión nueva, precisamente por la profundidad y claridad con que se desentraña su dependencia del Dios vivo que le ha abierto gratuitamente su intimidad. La libertad del hombre adquiere su sentido en función de esa dependencia de Dios, en su ser y en su obrar: cuando conforme a los dones que ha recibido –su naturaleza humana y la gracia que la redime–, sigue el hombre los planes de Dios, la libertad le confiere una grandeza inigualable; en otro caso, le hace merecedor de los más duros calificativos. La Sagrada Escritura adjetiva duramente a los impíos e incrédulos, que no usan de su libertad para obedecer a Dios, porque en verdad no cabe pensar cuerdamente que valga nada por sí solo, de modo que si alguno se imagina ser algo, entonces es nada y se engaña a sí mismo, con la fórmula más fuerte y más ilusionante: si yo no tengo caridad no soy nada (...) la libertad humana no es por tanto un absoluto: ninguno de los bienes que el hombre posee –su inteligencia, su naturaleza espiritual, su libre voluntad– lo es, ya que él depende de Dios. Frente al creador –para quien no pierda el sentido de la trascendencia de Dios– el hombre es una criatura, imagen de Dios, hijo de Dios, capaz de participar en la tierra de la vida divina. Esta dependencia de origen, de destino, de vida, es precisamente la que aclara y pone en su sitio el dinamismo humano. La libertad, por tanto, no margina al hombre del plan de gobierno divino, sino que le permite participarlo con responsabilidad, gozándose en cumplirlo. Precisamente es esto lo que hace patente que la libertad es un don de Dios: una libertad sin norma, sin destino, negaría al Dios del Amos. Lo ha sostenido siempre toda la teología del Dios vivo, que no ha tratado de Dios como objeto, sino como aquel a quien se ama. Se formula así en su dimensión positiva –a contrario– lo que hay de cierto en el carácter angustioso de la libertad del hombre en un mundo sin Dios: o mejor, en la angustia del hombre que se piensa –porque no deja de existir como criatura, que se conserva por la acción de Dios– como siendo sin Dios, y usa de su libertad como si Dios no existiera. La grandeza de la persona humana no reside en perder su estructura de ser criatura, absolutamente dependiente de Dios y medida por los proyectos divinos hasta el último detalle, es decir, plena y necesariamente sometida a la ley eterna. Por eso, la ley eterna –ese plan de desarrollo hacia la plenitud que es camino, verdad y vida– lejos de ser límite o negación de libertad, es lo que la hace divina, don de Dios. *Lo esencial de la libertad como regalo de Dios a la criatura racional es la aptitud para conocer sus planes y autodeterminarse activamente a seguirlos: la energía interior, el dominio positivo con que el hombre es capaz de incorporarse al plan de*

*la divina sabiduría*¹⁸. La libre acción del hombre se revela en esta perspectiva cristiana como el esfuerzo por incorporarse activamente a los planes de Dios: sus proyectos amorosos sobre nosotros, se superan y colman todos los nobles deseos humanos, porque “*los pensamientos de Dios están por encima de nuestros pensamientos*” (IS 55,8; Rom 11,33.) De ahí que cuando el cristiano no se ciega a esta realidad, sino que se mantiene seguro del amor divino, busque la sumisión a sus planes: no vislumbra otra posible concepción de su libertad. Sabe que toda su peculiar dignidad, que le enlaza entre las demás criaturas, está ligada al lugar que ocupa en sus designios divinos y el modo en que libremente responde a ellos: *por eso la escritura presenta al hombre, criatura absolutamente dependiente de Dios, figura de un afanado buscador de sus designios*¹⁹.

IV. PROTECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

1. **Ámbito de Protección del Derecho Constitucional**

La cuestión de derechos fundamentales en casos límites es siempre muy discutible y lo seguirá siendo. Los casos límites no son, sin embargo, una razón para dudar de los derechos humanos como tales. Muchos conflictos fundamentales entre Estado y ciudadanos pueden ser resueltos, hoy en día, gracias a la institución de la jurisdicción constitucional. El desarrollo de la jurisdicción constitucional después de la segunda guerra mundial demuestra que los Estados están cada vez más convencidos de que no es posible proteger los derechos humanos eficazmente, sobre todo los de las minorías, sin una protección constitucional. *Esta es una de las razones por la que los tribunales internacionales de derechos humanos obtienen cada vez más competencias para proteger a las minorías que no son debidamente protegidas a las mayorías por las instituciones establecidas en sus Estados*²⁰.

¹⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Super Epistulam S. Pauli in Rom.* Marietti, Turín, pp. 38-39, 1953, citado por GARCÍA DE HARO, Ramón; *La Conciencia Moral*. Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1978.

¹⁹ *Ibídem*.

²⁰ FLEINER, Thomas; *Derechos humanos*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia, p. 85, 1999.

Sólo los jueces independientes dotados con las necesarias facultades pueden garantizar que los parlamentarios, gobernantes y los funcionarios de la administración no abusen de sus poderes. Los derechos humanos sólo son protegidos por un Estado que es regido no por los individuos sino por el Derecho.

Las disposiciones sobre derechos fundamentales son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, de un único sentido material ²¹.

Resulta difícil hablar de la protección de los derechos humanos por las normas constitucionales sin caer en la simplificación que trae consigo un procedimiento tipificador. Sin embargo, a modo de ilustración global sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales, existen unas teorías principales de los derechos Fundamentales desde las que se determina hoy, de forma alternativa o combinada, la interpretación de los derechos fundamentales: la teoría liberal o del Estado de derecho burgués de los derechos fundamentales, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales y la teoría del estado social.

La teoría liberal se fundamenta en la idea de que los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado y tienen su punto de partida en el principio de distribución, presentándose como emanación y concretización de dicho principio de distribución. Los derechos fundamentales son normas de distribución de competencias entre individuo y Estado.

La teoría institucional de los derechos fundamentales considera que los derechos fundamentales no tienen el carácter de derechos de defensa del individuo con respecto del Estado para el aseguramiento de un ámbito de libertad individual y social en el que los individuos, desde el punto de vista jurídico pueden actuar a su arbitrio, sino el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos. Esta concepción de derechos fundamentales no vale sólo para las garantías

²¹ BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Valleverde, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

institucionales expresamente mencionadas (enseñanza de religión), sino para los derechos fundamentales en general y también en especial para los derechos de libertad. Esto sólo es posible desde una concepción que declara a la libertad jurídica misma como un instituto, como un dato objetivo que se realiza y se despliega sólo en la configuración jurídica pormenorizada. Aquí la libertad liberal, jurídicamente indefinida, ya no aparece como contenido de los derechos fundamentales. En su lugar se sitúa una libertad objetivada, ya ordenada y configurada normativa e institucionalmente. Con ello las garantías de derechos fundamentales reciben un sentido y contenido básicamente distinto al de la teoría liberal de los derechos fundamentales.

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su punto de partida, en la teoría de la integración de RUDOLF SMEND. Su contenido puede caracterizarse en que así como el Estado en su ser social se presenta como permanente proceso de integración de una comunidad de valores, de culturas y de vivencias, así también los derechos fundamentales se presentan como factores constitutivos determinantes de este proceso, son elementos y medio de creación del Estado. Fijan valores fundamentales de la comunidad, norman un sistema de valores o de bienes, un sistema cultural a través del cual los individuos alcanzan un status material, se integran objetivamente como un pueblo y en un pueblo de ideosincracia nacional.

De allí que los derechos fundamentales tengan primariamente, del mismo modo que en la teoría institucional, el carácter de normas objetivos, no de pretensiones subjetivas.

La teoría democrático funcional parte de la concepción de los derechos fundamentales desde su función pública y política. En lugar preferente se encuentran los derechos fundamentales con referencias democráticas como la libertad de prensa y la libertad de reunión y asociación, pero el planteamiento teórico va más allá de en su alcance. Los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política. La garantía del ámbito de libertad de los derechos fundamentales tiene lugar para proteger y facilitar estos procesos. Los derechos fundamentales no se le reconocen al ciudadano para que disponga libremente de ellos, sino en su calidad de miembro de la comunidad, y con ello también en interés público.

La teoría de los derechos fundamentales del Estado social tiene su punto de partida en las consecuencias derivadas de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la organización de la libertad del Estado de derecho burgués edificado sobre ella; por otro lado, la sustitución, provocada por el desarrollo social general, del espacio vital dominado de autarquía individual por el espacio vital social de relaciones y prestaciones sociales efectivas. La teoría de los derechos fundamentales del Estado social no está fijada respecto de la comprensión de los derechos fundamentales de la libertad, de manera que pueda anudarse tanto a la teoría liberal de los derechos fundamentales, como también, a la teoría institucional o axiológica de los derechos fundamentales, y desarrollar o transformar estas en consonancia con el estado social.

2. Diferentes posiciones en cuanto a la protección de Derecho Constitucional. Los Estados Unidos de Norteamérica

En Estados Unidos de Norteamérica, se habla de gobierno en lugar de Estado. Por gobierno se comprende todo órgano estatal superior, por ejemplo, el parlamento, el presidente y los jueces, pero no el estado como colectividad global. El *government*, es decir los órganos del gobierno, no tiene como tarea el cambio de la sociedad. Debe más bien equilibrar las diferentes fuerzas sociales en conflicto y servir de intermediario. El legislador lo hace dictando nuevas leyes; el presidente, mediante actos de gobierno, y la justicia, como tercer poder, mediante sentencias neutras. En los países del *common law*, a los cuales pertenece Estados Unidos, el estado no ha sido nunca comprendido como un instrumento que debe ser utilizado para cambiar la sociedad. Por esto para los norteamericanos resulta desconocida la división del derecho en dos ramas: una correspondiente a las personas privadas y otra al estado. Los derechos humanos, antes como ahora, se encuentran protegidos por los tribunales tradicionales que pueden decidir en las causas contra el parlamento o el ejecutivo, como lo hacen con relación con los simples particulares.

Por estas circunstancias, la concepción de los derechos humanos en Los Estados Unidos de Norteamérica es bastante diferente. Ni el Estado ni el constituyente han dado a las personas los derechos humanos. De acuerdo con su concepción, estos derechos están por encima de la Constitución. Se trata de derechos naturales irrenunciables otorgados por Dios.

Así, la concepción sobre los derechos son sustancialmente diferentes en uno y otro lado del Atlántico, y tanto los derechos humanos como el sistema judicial se han desarrollado de modo particularmente distinto.

En Los Estados Unidos de Norteamérica, los derechos humanos son, en la práctica, sólo administrados y protegidos por los tribunales. Dichos derechos existen independientemente de la ley y también de la Constitución. Constituyen una parte del *Rule of law*. Los tribunales y los jueces deben preocuparse de que los hombres no sean dominados por otros hombres, sino que deben ser regidos por el derecho. Los derechos humanos, como sucede de acuerdo con la concepción europea, no pueden ser garantizados, y a veces, suprimidos mediante la Constitución. Ellos no constituyen objeto del juego político, están íntimamente vinculados a la idea de la justicia, la misma que está confiada al tercer poder el judicial.

De acuerdo con la concepción europea, los derechos de los ciudadanos son creados por la Constitución y las leyes para determinar si sus demandas son correctas. La ley debe garantizar la protección judicial a quien es titular de un derecho. Los jueces y los tribunales están al servicio de los derechos consagrados en las Constitución y las leyes.

En Los Estados Unidos de Norteamérica, las personas tienen derechos irrenunciables que el legislador no puede ni otorgar ni suprimir. Todo lo que pertenece a las personas por naturales, dijo James Madison, el constituyente más importante de los Los Estados Unidos de Norteamérica, es un bien irrenunciable y debe ser protegido como la propiedad de todos los bienes. Lo que el hombre piensa, dice y escribe, su religión, profesión, sus representaciones de valor preferidas, la libertad de su persona, todo es de su propiedad. Si es lesionado, él o los interesados pueden recurrir al juez y exigir la totalidad de sus bienes en forma de valores espirituales, psicológicos y materiales. El juez, por su parte, no se percibe como un servidor de la mayoría política que ha dictado las leyes del país. Si no más bien como servidor de la justicia, es decir de la *Rule of law*. Debe resolver el conflicto entre dos partes que reclaman sus derechos (P.Ej. policía y ciudadanos) mediante decisiones razonables. En el caso concreto, la parte que gana el proceso es la que tiene derecho. Para que su decisión sea conforme a derecho, el juez debe cuidar que las dos partes tengan la posibilidad de ganar el proceso. Debe –y este es él más significativo de los derechos humanos– tratar con equidad a las partes.

Si se compara la discusión jurídica con el juego del ajedrez, se puede considerar a los derechos humanos, en el sistema norteamericano, como una reina suplementaria, un comodín con el que se puede manejar la posición de la parte que invoca los derechos humanos. Quien, ante un juez, puede reclamar con fundamento en sus derechos humanos, podrá mejor sensiblemente por largo tiempo su posición social.

En Europa, los derechos humanos y los jueces están al servicio de la mayoría. En los Estados Unidos de Norteamérica, los jueces pueden, apoyándose en los derechos humanos, proteger a las minorías frente a la mayoría. Así lo han hecho sobretodo, en las décadas del 70 y del 80 del presente siglo. Las decisiones de la Corte Suprema de los últimos años comportan un cambio fundamental de la orientación de la jurisprudencia. Debido a esto, muchos observadores tienen duda sobre si los jueces están dispuestos a usar su poder para proteger las minorías étnicas frente al cada vez más grande poder de la mayoría. Puesto que esta mayoría (*American Mainstream*) ha descubierto nuevamente la libertad económica y de contratar. *Con este cambio ingenuo, los jueces serán nuevamente condicionados a decidir, para hacer efectivo el principio de la promoción basándose en la eficacia personal, sobre los intereses del bienestar mayor de la gente (sin considerar el color, la raza, la cultura) teniendo en cuenta el principio de eficacia y no la pertenencia a una comunidad étnica determinada* ²².

Bibliografía

AFTALION, E. R.; *Crítica del saber de los juristas*. La Plata, 1951.

ARISTÓTELES; *Rethorica*. Planeta, 1977.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Valleverde, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

²² FLEINER, Thomas; *Ob. cit.*, p. 149.

- BURKHART, Ernst; *La Grandeza del Orden Divino*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.
- COLOM COSTA, Enrique; *Dios y el Obrar Humano*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías. La Ley de más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta.
- FLEINER, Thomas; *Derechos humanos*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- GARCÍA DE HARO, Ramón; *La Conciencia Moral*. Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1978.
- GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción al Derecho*. Madrid-Buenos Aires-México, 1960.
- N. BOBIO; *Teoría della scienza giuridica*. Turín, 1958.
- PRIETO SANCHIS, Luis; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Debate, Madrid, 1990.
- RECASENS, L.; *Filosofía del Derecho*. 2ed. Barcelona, 1961.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A.; Los principios generales del Derecho. *Boletín del Real e ilustre colegio de Abogados de Zaragoza*, 9. 1 de abril de 1963, 1-14.
- TOMÁS DE AQUINO, Santo; *Summa theologica*. Biblioteca de autores cristianos, Madrid, MCMLX.
- YEPES STORK, Ricardo; *Fundamentos de Antropología*. Ediciones Universidad de Navarra, 1996.