

## Introducción

Es indudable que uno de los temas que actualmente más pasiones despiertan es el de los derechos humanos, también es evidente que hemos superado la desconsideración que algunas variantes del iuspositivismo dominante tuvieron hacia los temas que se vinculan claramente con los derechos no positivos o naturales y con el ámbito moral del derecho. Ahora a nadie se le ocurriría afirmar lo que Bentham: “los derechos naturales son un disparate en zancos”, claro, tuvo razones metodológicas al mencionarlo. Sin embargo, ahora sería un disparate referirse al derecho sin ocuparse de los derechos humanos y el estado de derecho.

Otra característica de las discusiones actuales, es que han incrementado nuestra comprensión teórica y práctica sobre los derechos humanos, de tal modo que también hemos superado la tradicional concepción de los derechos humanos como derechos naturales de origen racional y aquellas que sostuvieron que su origen era divino. Sin embargo, los temas actuales de derechos humanos se enfrentan a nuevas formas de exclusión de los sistemas normativos, principalmente debido a que en muchos casos, continúa siendo alguna variante del positivismo contemporáneo la que domina nuestra praxis y comprensión del derecho.

Por lo que propongo que analicemos los límites del derecho positivo ante las reivindicaciones actuales de los derechos humanos. Para ello, el punto de partida es una concepción sostenida por el iuspositivismo contemporáneo, la cual da cuenta del derecho positivo, y es compartida por un gran número de jueces y abogados.

La versión del positivismo que empleo y que podemos considerar dominante se caracteriza por ser descriptiva, en tanto, que atiende primordialmente a la forma y no a los contenidos. Por lo que a partir de una postura crítica de ese positivismo me ocuparé construir sus contenidos; entre los cuales destaco los éticos y los denominados derechos no posi-

tivos. Por otra parte, el tema de la racionalidad jurídica, también vigente, me permitirá ubicar en sus linderos algunos problemas, tales como los de exclusión, intolerancia, e imposición a lo diferente; ubicarlos, en el sentido, de que no son admitidos en el orden normativo de modo explícito.

Demostrar la existencia de ‘derechos no positivos’, es un primer paso imprescindible para luego poder exigir su incorporación la sistema normativo; en el entendido de que esos derechos coinciden en muchos de los casos con derechos humanos, cuyo reconocimiento en el orden legal es también exigido. Pretendo explicar cómo entenderlos, así como su operatividad en el quehacer jurisdiccional; por lo que propongo elaborar al menos un criterio complejo que permita identificarlos y hacerlos exigibles.

## La estructura normativa

Sostendré en principio algunas de las ideas de Joseph Raz como una tesis dominante del iuspositivismo actual, la cual se refiere al derecho como un sistema normativo, coactivo, institucionalizado; que tiene la pretensión de carácter impositivo de convertirse en el marco referente y obligatorio de la acción social de los sujetos a quienes se dirige.<sup>1</sup> Coordinar, guiar las conductas y ser obedecido por esos sujetos, aún de modo no espontáneo, sino mediante el uso legal de la fuerza, son algunos de sus objetivos; para ello, realiza una subsunción de lo considerado valioso, en términos tanto sociales como culturales y éticos. La fuerza es una característica importante de lo jurídico, sin embargo, no opera sola, se complementa con la persuasión y la convicción de obrar de forma: correcta, bien, justa, o sólo la conducta legalmente no prohibida.

La norma tiene una estructura propia, bien como *esquema de explicitación* conceptual,<sup>2</sup> que otorga significado jurídico a lo que ocurre en el mundo a través de la imposición de deberes que imponen límites a la conducta. Como *normas de mandato*, cuyas características son: el ser *válidas*, en tanto, se integran a un sistema que establece los criterios para determinar su pertenencia al mismo, así como las formas en cómo las normas se producen, se modifican o se eliminan del sistema. Son *prácticas*, en tanto se refieren a situaciones reales; y *prescritas*, al ser establecidas por un individuo, o un grupo, como una norma para guiar la conducta de otras personas.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Esta idea se nutre primordialmente por lo que sostiene RAZ, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 179.

<sup>2</sup> Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Novena edición, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Distrito Federal. Porrúa, 1997, p. 17.

<sup>3</sup> RAZ, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, *op. cit.*, cfr. pp. 91-96.

Ambas tesis son compatibles hasta cierto punto, sin embargo, el interés por referirme a ello, es porque las normas de mandato suponen la existencia dentro de su estructura de *razones para la acción*. Diré que las razones se colocan en el fundamento de la teoría descriptiva del derecho, y que ellas explican los motivos de los seres humanos para realizar una conducta u otra. A estos motivos para la acción también se les denomina *razón práctica*;<sup>4</sup> que es la facultad que permite formular juicios de acuerdo con un sistema de reglas.<sup>5</sup>

Sólo mencionaré que las razones para la acción explican, valoran y guían la conducta<sup>6</sup>; son uno de los elementos mínimos de la estructura normativa, y el derecho las emplea en su carácter de operativas, de segundo orden, excluyentes, autoritativas, protegidas, y en ellas se introduce un contenido axiológico y deóntico.

Las razones, y con ello las normas jurídicas, sus instituciones y el quehacer jurisdiccional, apelan a la racionalidad humana, fundan en ella la exigencia de un modo de obrar. El fundamento de la acción social de los sujetos se encuentra entonces, en la razón y la libertad, como presupuestos imprescindibles; la voluntad y los apetitos, como determinantes del grado de responsabilidad (intencionalidad).

---

<sup>4</sup> SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos. *¿Hay obligación Moral de Obedecer al Derecho?*, Madrid, España. Tecnos, 1996. Cfr. p. 66.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. Segunda edición, trad. Jorge M. Seña. Barcelona, España. Gedisa, 2004. p. 137.

<sup>6</sup> RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. Op. cit. nota 4, p. 18.

## Los sujetos a quienes se dirige el derecho

Indaguemos de modo breve al sujeto a quien la norma jurídica se dirige, con ello nos percataremos que la racionalidad como fundamento del derecho pertenece a una de las tradiciones más antiguas del pensamiento filosófico, el cual sólo indicaré, sin detenerme en un análisis detallado.

Aunque la facultad racional y la racionalidad como temas de investigación filosófica aparecen desde muy antiguo como facultad intelectual del ánimo humana, que permiten decidir, ejercer dominio sobre la voluntad y apetitos<sup>7</sup>; es a partir de Kant, que el derecho la consideró como imprescindible para determinar la responsabilidad, y como condición necesaria para la exigencia de cierto modo de obrar; ya que posibilitan la aprehensión de lo debido en cada caso concreto.

La estructura ética del sujeto, es decir, la razón práctica, el arbitrio, la libertad y la voluntad son los fundamentos de la responsabilidad, mas también de las leyes morales, al menos desde el pensamiento de Kant. Los deberes son en este sentido, de tipo moral, en tanto dependen de lo interno del sujeto; jurídicos, cuando son externos; aunque ambos interpelan a la razón práctica, mediante la imposición del cumplimiento de un deber, ya de modo voluntario, o constrañéndolo.<sup>8</sup>

La distinción kantiana de lo interno y externo nos es útil para el tema propuesto, ya que es correcto afirmar que el derecho, en principio, se ocupa de las manifestaciones de la voluntad, siempre que estas se sustenten en la

---

<sup>7</sup> Aunque cada caso es diferente y debe analizarse, en forma muy abreviada refiero algunas de las obras clásicas que expresan con claridad problemas de racionalidad y derecho, desde contenidos éticos y religiosos, tales son los casos de: Platón, “Critón”. *Diálogos*; Cicerón, *De los oficios o los deberes*; Santo Tomás, *Suma de teología*, “La virtud de la justicia”; Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*.

<sup>8</sup> Vid. Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Ediciones espuela de plata, 2004, pp. 37 a 43.

racionalidad del sujeto que las ha ejecutado; y que sólo indaga sobre los procesos internos para determinar el grado de responsabilidad o participación en la conducta prohibida. Sin embargo, el modo de obrar se relaciona con la razón que subyace a la norma jurídica, en tanto, que la norma establece que es lo que se debe, puede o tiene que hacer.<sup>9</sup> Puede ocurrir que lo que la norma establece sea considerado como lo deseable o querido por quien la debe cumplir, en tal caso el cumplimiento puede ser espontáneo. Sin embargo, los problemas en cuanto a su cumplimiento aparecen cuando la norma establece algo contrario a lo considerado valioso por los agentes que deben cumplirlo; es entonces, cuando la tesis del mínimo de moral del derecho<sup>10</sup> se hace patente, al mostrar que, además de las razones de segundo orden, las razones ético-morales son aquellas que motivan el cumplimiento de lo debido. Este breve acercamiento al derecho nos muestra uno de sus límites en cuanto a la aceptación de lo moral y ético por el derecho; la primera entendida como las exigencias que posibilitan que las relaciones entre los sujetos ocurran dentro de los límites de la igualdad, libertad y respeto mutuo; en tanto, la ética, como reglas prácticas de conducta que establecen lo debido en cada caso concreto.

Puede decirse que la moral de tipo positivo tiene mayor peso frente a otras morales relativas, tanto respecto de los sujetos que las practican, como del grado de convicción de los sujetos integrantes de una comunidad.<sup>11</sup> Esto ha motivado a los críticos del positivismo a ampliar las fronteras de lo jurídico,<sup>12</sup> debido a que muchos de los problemas de las sociedades contemporáneas no sólo se presentan dentro de lo legalmente establecido, sino fuera de ello, en lo pre- o a-jurídico, y en países como el nuestro, adquieren el carácter de ser formas de exclusión y dominación.

---

<sup>9</sup> Deber, tener y poder, son operadores deónticos, el primero es preferentemente el que el derecho emplea, *vid.* Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción*, trad. Pedro García, Tecnos, Madrid, 1970, cap. V.

<sup>10</sup> HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998, p. 241.

<sup>11</sup> Otros autor como David Lyons distingue entre la moral positiva: como efectiva, aceptada y compartida por un grupo social, y la moral crítica, que es utilizada en el cuestionamiento de las instituciones, *Vid. Aspectos Morales de la Teoría Jurídica*, Barcelona, España, Gedisa, 1998, p. 97.

<sup>12</sup> *Cfr.* “El modelo de las normas” en DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, trad. Marta Gustavino, Barcelona, España, Planeta de Agostini, 1993.

## La moral de tipo pre- o a-jurídica como límite del derecho

A ún cuando el derecho tiene la pretensión de coordinar la conducta social de los sujetos que integran una colectividad, y subsume lo considerado para ellos como valioso, es claro que con ello se muestra una frontera ante lo que no es hegemónicamente cultural<sup>13</sup> en esa sociedad; por tanto, nos percatamos de que la estructura normativa, sus instituciones y conductas prohibidas, obedecen a patrones cuyos orígenes se ubican en creencias de tipo moral, religioso, ético o político, expresadas como razones completas en la estructura del derecho.

Lo que se excluye del derecho, por no preestablecerse, son expresiones culturales que tendrán que apelar a la racionalidad admitida por el derecho para demostrar, en principio, su existencia, su exigibilidad y respeto, en caso contrario, serán conculcadas sin que exista ningún tipo de remordimiento.

Esas convicciones consideradas valiosas para los integrantes del grupo que las admite como tales, se ubican frente al orden normativo jurídico y sus instituciones en la marginalidad; es posible que aduzcan que el derecho natural o moral les concede tener razón para demandar sean atendidas sus exigencias, mas ahora el problema estará en demostrar: primero, que efectivamente existe un derecho no positivo que lo sustente, luego cómo exigir su cumplimiento, y qué consecuencias de ello se producen. Es allí donde la discusión inicia. Por lo que en adelante desarrollaré algunos argumentos a partir de dos presupuestos en los que el propio derecho positivo se sostiene.

---

<sup>13</sup> Léase al respecto a Marcuse, Herbert, *Cultura y Sociedad*, “*Acerca del Carácter Afirmativo de la Cultura*”, trad. E. Bulygin y E. Garzón Valdez, Sur, Buenos Aires, Argentina, 1970.

## Libertad e igualdad. Dos presupuestos para la reivindicación de derechos no positivos

Ninguno de nosotros pondría en duda que la existencia humana (nuestra vida)<sup>14</sup>, no únicamente es el presupuesto imprescindible para que todo lo demás ocurra, sin embargo, no estamos tan seguros de ello cuando se nos presentan situaciones límite que nos exigen decidamos respecto de si es o no debido conservarla; tales son los casos del aborto, la eutanasia y la pena de muerte. En otro nivel de análisis, la libertad e igualdad, son también, sin duda, dos derechos que nadie objetaría su carácter de imprescindibles en todo orden legal, mas como en el caso anterior, tampoco estamos seguros de ellos cuando nos preguntamos si con fundamento en los derechos de libertad e igualdad es que estamos dispuestos a conceder que quienes pertenecen a una cultura distinta tienen el derecho de organizarse acorde a sus propias prácticas sociales; o si los migrantes en calidad de ilegales tengan derecho a un trato igual que los ciudadanos de un Estado a cuya nacionalidad no pertenecen; o si los creyentes practicantes tengan derecho a manifestar y practicar su credo o religión, aún cuando sean servidores públicos que ejercen cargos de dirección y decisión.

Esta aproximación a casos complejos requiere que elaboremos al menos un criterio firme para solucionarlos. Todos ellos tienen en común el carácter pre- o a-jurídico, esto es, se ubican fuera de la discusión propiamente de lo establecido en el derecho como prohibido, permitido o facultado. Para elaborar ese razonamiento debemos tener como punto de partida el que todos podemos formular juicios morales,<sup>15</sup> cuyo fundamento puede ser

---

<sup>14</sup> Cfr. Dussel, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, 1998.

<sup>15</sup> Cruz Parceró, Juan A., “Derechos morales. Concepto y relevancia”, en *Isonomía*, No. 15, octubre de 2001, p 58.

muy diverso; lo puede tener en convicciones morales que surgen de las prácticas socialmente admitidas; en convicciones religiosas; fundamentos éticos o razonamientos meramente pragmáticos o instrumentales, que pueden ser de tipo político o de conveniencia según el caso específico.

Es precisamente la diversidad de ámbitos a los que se puede acudir para formular una razón que pretenda sustentar la existencia de un derecho, lo que hace difícil que posturas contrarias se puedan conciliar. Para evitar incurrir en un argumento que sea de tipo puramente subjetivo o amañado, partamos de una idea simple desarrollada por Hart.

Admitamos que existe “el derecho de todos los humanos a ser igualmente libres”<sup>16</sup>, claro que para elaborar el argumento, debemos acotarlo a un tipo de derecho especial, el cual surge de transacciones o relaciones especiales; digamos de un acuerdo entre partes, lo cual faculta a ellas a dar cumplimiento a deberes que se refieren, ya sea directamente a los involucrados, o a un tercero considerado en el acuerdo. El problema ahora se ha trasladado a los sujetos del acuerdo; ya que si pensamos en el caso de la eutanasia, entonces, quizá admitamos que el enfermo terminal desahuciado, su familia y el médico, podrán acordar qué hacer, lo cual será el fundamento de un deber que surge del ejercicio de la libertad, sin embargo; el mismo acuerdo tendrá un contenido muy diferente si desde una perspectiva religiosa consideramos a la vida como algo de lo cual no debemos disponer. Entonces, qué es lo que la ley debe establecer, la posibilidad de que las partes en ejercicio de su libertad elaboren un acuerdo como derecho no positivo de tipo especial, cuyos contenidos serán determinados por los participantes, y cuyas consecuencias morales deben asumir.

Mas en este mismo caso, puede ocurrir que un tercero, ajeno al consenso que las partes que tienen un interés directo, pretenda tener un derecho moral de tipo general para tomar parte en la decisión. Ese derecho sería en todo caso, general, y carecería de fundamento entre los participantes, puede obedecer a los principios más importantes de sus convicciones éticas, religiosas o morales, sin embargo, interferiría en el ejercicio de la libertad de los derechos de un tercero, lo cual se muestra como límite para quien está fuera de la relación.

---

<sup>16</sup> Hart, H. L. A., “Hay derechos naturales”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro Carrió, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1962, p. 65.

Podríamos admitir que este caso se resuelva de este modo, mas no ocurre algo semejante cuando nos referimos a un problema como lo es la inequitativa distribución de la riqueza; la carencia de oportunidades; el derecho a manifestarse libremente en la vía pública; el derecho a tomar parte en las decisiones que nos afectan como integrantes del grupo social, etc.

Partimos de considerar que en términos formales, en muchos casos no existen normas aplicables y efectivas que protejan a quienes requieren utilizarlos; y en otros casos, que aún existiendo, son ineficaces ante intereses superiores de orden político o económico. Por lo que es necesario elaborar una estrategia discursiva que los haga exigibles; esto es, dotar a las formas jurídicas de contenidos, y hacer posible su observancia, aún cuando no pertenezcan plenamente al catálogo de derechos positivos, aunque de modo indudable sí al de derechos humanos.

## La construcción de consensos. Una propuesta para solucionar los problemas de exclusión

S ostengo que cuando nos ubicamos al margen de lo legalmente debido y permitido; es cuando las razones que pueden ser de tipo político o económico, se vuelven verdaderamente importantes, ya que es posible que pretendan vincularse a alguna de las tesis de los derechos humanos (o incluso naturales, como derechos que surgen de las relaciones sociales y se fundan en la necesidad y existencia humana), y sustentarse en ellas para demostrar que tienen el derecho de exigir que un conflicto se solucione de cierta forma, sin que se admita un posibilidad alterna. Es indudable, que eso sería intolerancia e intransigencia, mas carecemos de un criterio claro para resolver asuntos de ese tipo, ya que la ley no establece esos referentes. Cómo construiremos ese criterio para solucionar casos concretos, es el meollo de la cuestión.

Reivindicamos nuestro derecho a la libertad e igualdad como los derechos básicos e imprescindibles, aunque en este caso debemos socializar la tesis y dotarla de flexibilidad para poder referirse a los casos particulares.

Podríamos partir de la ‘situación original’ sostenida por Rawls,<sup>17</sup> y considerar que en principio para la búsqueda de una solución no existen diferencias entre los involucrados; y que las asignaciones de derechos y obligaciones, cargas y beneficios se hace por igual, sin consideración de cualidades, habilidades, convicciones, creencias, fobias, ni ninguna característica o elemento que incorpore elementos distintivos. Sin embargo, como punto de partida debemos incorporar otros elementos que nos permitan dar cuenta de aquello que ocurre en una esquina de esta ciudad, ¿cómo explicamos y aplicamos el principio de igualdad entre quienes somos totalmente desiguales?

---

<sup>17</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 25

Por lo que la asignación de derechos y deberes debe partir de la *proporcionalidad*<sup>18</sup> y *consideración de los desiguales* como criterio que haga factible su aplicación. La proporcionalidad dimensiona al principio de igualdad absoluta, al dotarlo de la posibilidad de que al aplicarse se consideren las particularidades de cada caso concreto, las cuales son imprescindibles al momento de formar un juicio.

Por lo que el derecho que todos tenemos a ser igualmente libres, adicionado con un criterio de *proporcionalidad y desigualdad*, debe permitirnos salvaguardar los derechos de las minorías, o de un individuo, frente a las mayorías; del pobre y excluido ante el rico y poderoso. Para ello, debemos considerar la situación o *circunstancia específica* del caso. Aún hay otros elementos que debemos considerar previo al momento de formular nuestro derecho, estos son de índole *científico*; su contenido no debe estar sustentado únicamente en creencias, estas pueden ser el móvil u origen de un conflicto, mas para su solución, debemos tener disposición de no incurrir en ningún tipo de *ideología o fundamentalismo*, sino incluso hacer una revisión de ciertas convicciones, y asumir el compromiso de llegar a un acuerdo razonable, con pretensiones de justicia, a la construcción de una solución adecuada. Si formulo a modo de lista los elementos que hasta ahora deben concurrir para sustentar al derecho que reclamo, tenemos los siguientes:

- a) Igualdad (como principio no absoluto).
- b) Proporcionalidad y desigualdad (criterio de aplicabilidad).
- c) Circunstancias específicas.
- d) Los conocimientos científicos más avanzados.
- e) Las exclusiones de ideologías y fundamentalismos.
- f) La intención de llegar a un acuerdo razonable que respete al derecho de ser igualmente libres.
- g) La construcción de una solución adecuada.

Hasta este momento se han considerado elementos para demostrar y hacer factible al derecho de igualdad, aún está pendiente el cómo relacionarlo con la segunda parte de la proposición inicial, me refiero a la *libertad*.

---

<sup>18</sup> Santo Tomás, *Suma de teología*, Tomo III, parte II-II (a). Biblioteca de autores cristianos. "La virtud de la justicia", p. 515.

Respecto de la libertad, asumimos que todos tenemos el derecho a ser libres, salvo que exista una ley que establezca prohibiciones, mas en ningún caso la libertad es un principio absoluto; está limitada por convicciones que pueden ser de tipo religioso, moral o ético. Aunque para evitar incurrir en una actitud de intolerancia en el ejercicio de mi derecho de libertad, cuando no existen derechos positivos que establezcan los límites, debo tener al otro, la *alteridad*,<sup>19</sup> como el primer referente y límite.

Para hacer factible el derecho de libertad, es menester introducir elementos que me permitan hacerlo compatible con el derecho de igualdad, por lo que si en principio la consideramos en términos generales, ahora debemos tener referentes que permitan considerar y valorar las particularidades para que la libertad se atenúe y no se convierta en un ejercicio de interferencia respecto de los derechos de los demás; estos elementos son el *respeto* a la singularidad, a la *diferencia*, e incluso, más que respeto, en algunos casos, el *compromiso* de contribuir a satisfacer una necesidad ineludible (el hambre, la sed, el frío; en general, la protección de aquello que posibilita la existencia humana). El *respeto* y *compromiso* es parte imprescindible de la asunción de mi relación con el otro como un compromiso ético normativo. La *tolerancia* y la *responsabilidad* son los otros referentes.

En atención a esto, es posible sostener en principio, que tenemos derecho a obrar libremente cuando mi acción no afecta a ningún *tercero*, mas no tengo derecho a obrar libremente, si mi acto los afecta. Este es el argumento que sustenta el derecho positivo. Aunque también a partir de los argumentos anteriores, afirmo que tengo el derecho de obrar aunque mi acto afecte a un tercero en sus intereses, siempre que esos intereses sean la causa de mi exclusión y opresión; o que una necesidad ineludible deba ser satisfecha, aunque para ello transgreda el orden formal establecido. Y esto no lo acepta el derecho positivo, aunque a través de los elementos expresados demuestro que aunque no sea un derecho positivo, es un derecho humano que exijo y hago efectivo mediante acciones concretas.

Me detengo en un último detalle. Ocurre normalmente que en un conflicto todos los involucrados pueden formar juicios de tipo moral y pretender que a partir de ellos se infiera la existencia de derechos no positivos, exigibles; los cuales no podemos negar por decreto, a menos de incurrir en

---

<sup>19</sup> Cfr. las ideas en Santo Tomás, *Suma de teología*, *op. cit.*, y en Levinas, Emmanuel, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, trad. Daniel E. Guilloit, Sígueme Salamanca, 1977.

intolerancia, por lo que debemos determinar en qué consiste la afectación a un tercero. Para ello, debo considerar a los factores tanto del derecho a la igualdad, como del derecho a la libertad. El derecho no positivo en principio aceptado, y ahora convertido en un argumento complejo es mi referente para resolver un caso de afectación o injerencia en el ámbito subjetivo ajeno, tanto en los casos determinados (afectar a Juan), como en los indeterminados (afectar a las convicciones morales de la sociedad o al progreso y desarrollo del país). Para resolver el entuerto, es menester elaborar un *consenso* a partir de nuestras capacidades de *diálogo* y de la participación de los interesados (los afectados).

Consenso y diálogo son ahora los recursos para la solución, ubicados ambos en los que hemos denominado pre- o a- jurídico; ambos requieren que nos concibamos en una relación de coordinación y de compromiso, lo cual implica la instauración de mecanismos de participación activa en la toma de decisiones que afectan a todos los integrantes de la comunidad. Ello por supuesto, como lo asevera Dworkin, si es que en verdad nos tomamos los derechos en serio. El resultado no es la justicia, sino la pretensión de que el acto sea justo, sustentado racionalmente y factible en atención a nuestras circunstancias.

Expresados a modo de listas estos elementos que deben ser considerados en esta parte de la construcción del argumento, tenemos a:

- a) Otro, alteridad.
- b) Respeto.
- c) Tolerancia.
- d) Responsabilidad.
- e) Consideración de un tercero.
- f) Diálogo y consenso.

Este criterio aunque esbozado en términos abstractos, debe permitirnos elaborar dentro de la propia tradición jurídica dominante, un argumento que pueda presentarse ante las autoridades jurisdiccionales competentes con el objetivo de resolver una controversia a favor de quien el derecho no le concede la protección; o incluso lo considera como contrario al orden y la paz públicas.

Los casos complejos requieren que se elabore un argumento para demostrar la existencia de los derechos de los participantes directos, así como de los terceros afectados. Luego de ello, la tarea que debemos asumir

los interesados es la de exigir que tengan carácter vinculatorio; esto es, que la autoridad los respalde a través del ejercicio jurisdiccional. De este modo no sólo nosotros asumiremos los derechos como algo importante, sino la autoridad no tendrá obstáculos que le impidan resolver los casos que no se sustentan de derechos positivos.

## Conclusión

La pretensión de este trabajo ha sido mostrar como a partir de argumentos propios del positivismo dominante podemos dar paso a un reclamo sustentado en principios admitidos por el sistema legal vigente, lo cual evidencie la necesidad de respetar derechos no positivos.

Por ello es que me he ocupado de procurar elementos teóricos que nos permitan replantear los problemas, pensarlos desde todas las perspectivas posibles, sobre todo en aquellos límites del derecho, en donde nada es seguro y todas las respuestas son en apariencia posibles. Estos criterios son puntos de partida para considerar con seriedad lo complejo de los derechos no positivos y los derechos humanos como fundamento de un orden social que nos permita ejercer al menos el derecho más básico de ellos, el de ser igualmente libres.

## Fuentes

### Bibliográficas

- Alexy, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. Segunda edición, trad. Jorge M. Seña. Barcelona, España. Gedisa, 2004
- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, trad. Marta Gustavino, Barcelona, España, Planeta de Agostini, 1993
- Hart, H. L. A., *El concepto del Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998
- , “Hay derechos naturales”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro Carrió, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1962
- Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Ediciones espuela de plata, 2004
- Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Novena edición, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Distrito Federal. Porrúa, 1997
- Lyons, David, *Aspectos Morales de la Teoría Jurídica*, Barcelona, España, Gedisa, 1998
- Marcuse, Herbert, *Cultura y Sociedad*, “*Acerca del Carácter Afirmativo de la Cultura*”, trad. E. Bulygin y E. Garzón Valdez, Sur, Buenos Aires, Argentina, 1970
- Raz, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- Suárez Villegas, Juan Carlos. *¿Hay obligación Moral de Obedecer al Derecho?*, Madrid, España. Tecnos, 1996

Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción*, trad. Pedro García, Tecnos, Madrid, 1970

## Revistas

Cruz Parceros, Juan A., “Derechos morales. Concepto y relevancia”, en *Isonomía*, No. 15, octubre de 2001