

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO QUINTO. LA POSITIVACIÓN DE LA JUSTICIA DE LOS DERECHOS HUMANOS | 269 |
| 1. Los Derechos Humanos como derecho | 269 |
| 2. La positivación de los Derechos Humanos | 276 |
| 2.1. <i>Formular norma jurídica</i> | 277 |
| 2.1.1. Positivar es formular..... | 277 |
| 2.1.2. Norma | 279 |
| 2.1.3. Jurídica | 282 |
| 2.2. <i>Tipología de la norma jurídica</i> | 283 |
| 2.3. <i>Caracteres de la norma jurídica</i> | 286 |
| 3. La positivación de la Justicia | 287 |
| 3.1. <i>Ámbito de la Justicia y de los Derechos Humanos</i> | 288 |
| 3.2. <i>La Justicia de los Derechos Humanos</i> | 289 |
| 3.3. <i>El contenido de Justicia de los Derechos Humanos</i> | 293 |

CAPÍTULO QUINTO

LA POSITIVACIÓN DE LA JUSTICIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El capítulo quinto afirma los derechos humanos como positivación de la justicia. Esta afirmación es el fruto de la *reversión* de un movimiento en el logos que previamente lo ha sido de retracción. La afirmación lo es de los DH como Derecho positivo: como norma jurídica moral que positiviza la justicia, la cual se convierte en el origen, la legitimación y el contenido de los mismos.

1. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHO

Que los derechos humanos son Derecho positivo ¹ parece hoy una afirmación cada vez más aceptada. Sin embargo, si uno se pregunta por lo que se entiende por tal, (*¿quid ius?*) no resulta fácil obtener una respuesta compartida por todos ². Y es que aquilatar el concepto de Derecho nos es tarea ligera, porque nos topamos primero con lo que sea su realidad (no su esencia) ³, que comienza siendo un fenómeno multidimensional ⁴.

La controversia respecto a lo que sea el Derecho comienza incluso por la misma justificación de su existencia. ¿Hace falta realmente el Derecho en la

¹ Los términos Derecho y derechos humanos en la obra son utilizados con significado intercambiable. El contenido del Derecho no es más que el distinto grado de concreción de los derechos humanos.

² La formulación de un concepto de Derecho, y derecho humano, no es algo fácil, intentarlo lleva atada la pregunta por el fundamento. De manera que posiblemente el análisis de la realidad jurídica arroje luz sobre las diversas definiciones provisionales, cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, *o. c.*, 19-33; cf. A. E. PÉREZ-LUÑO, *o. c.*, 24-25.

³ En fidelidad al método seguido en esta tesis, el *descriptivismo moral de realidad*, de inspiración zubiriana, al ser el concepto fruto del análisis del logos, el concepto no pretende alcanzar la esencia (tesis esencialista propia del ontologismo jurídico), pero tampoco son 'términos intermedios sistemáticamente ambiguos' (tesis convencionalista). Por el contrario, el *concepto es afirmación de realidad en el ámbito de logos*. Cf. J. M. SAUCA, *Los conceptos jurídicos fundamentales*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 251-255.

⁴ F. J. ANSUÁTEGUI, *El concepto de Derecho*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2000²) 16; 20-23.

sociedad? ¿Está su existencia justificada? Moneda común entre las definiciones de Derecho es entenderlo como un modo regulado de resolver conflictos. Desde este planteamiento, y en línea con J. Blondel ⁵, se puede argumentar que como la acción jurídica es una forma de acción política, si no hay conflicto no tiene razón de ser ni la acción política ni la acción jurídica. En esa sociedad sin conflicto, parafraseando a Saint-Simon, 'el gobierno de las leyes queda reemplazado por la administración de las cosas'. Con la desaparición del Estado, y su Derecho, se augura, con K. Marx, la verdadera eclosión de la Humanidad, imaginada por T. Moro, en una sistema utopiano con pocas leyes; y por Thoreau, en la sociedad sin leyes, soñada en *Walden* ⁶.

De manera que la conceptualización del Derecho implica una pregunta radical: 'el porqué del Derecho'. Esta pregunta es la búsqueda de una marcha *desde, en y hacia* el ámbito de la realidad a la que se revierte pero de la que nunca se ha salido. En un sector del pensamiento jurídico ⁷ el ámbito de la realidad es primeramente ámbito ontológico. Una vez aceptada la existencia de dicho ámbito, quienes son partidarios de esta aproximación filosófico-jurídica han entendido la necesidad insalvable de una *ontología jurídica* como el estudio del *ser* del Derecho. A la ontología se le presenta como 'punto de partida irrenunciable', si se quiere evitar los errores de método, extendidos en la reflexión actual, que hacen casi imposible 'explicar qué es el Derecho y fijar sus límites' ⁸.

Sin embargo, desde el análisis de la ARE, el ámbito analítico jurídico primero no es el 'ser', sino la 'realidad' del Derecho. Entrar en el ámbito analítico de la 'realidad' del Derecho no es lo mismo que preguntarse por la esencia ontológica del Derecho. La afirmación básica del análisis de X. Zubiri, que le hace superar la ontología, es que *la realidad no es un modo de ser, sino que el ser es un modo de realidad*. Por ello, frente a la conceptualización 'ontología jurídica' cabría utilizar la expresión *reísmo jurídico*, como mejor atendida a los hechos, para designar el ámbito jurídico primero ante el que se encuentra el ser humano en su marcha hacia la esencia (modo de realidad). Utilizar la lógica denominación de 'realismo jurídico' se presta a confundirlo con el movimiento filosófico jurídico del siglo XX. Y, además, el realismo zubiriano ni es realismo ingenuo ni es realismo crítico. Es, así, el *reísmo jurídico* el ámbito propio para enfrentarse con el hecho de la *realidad del Derecho*; lo que el Derecho es *desde, en y hacia* la *realidad* fundamento ⁹. Si ello se presume

⁵ J. BLONDEL, *Government*: N. MACKENZIE (Ed.), A Guide to the Social Sciences (London: Weidenfeld & Nicolson, 1966) 123.

⁶ Cf. H. D. THOREAU, *Walden and Civil Disobedience* (New York: Signet Classics, 1960).

⁷ Cf. A. LÓPEZ MORENO, *El concepto del Derecho*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 104.

⁸ *Ibid.*, 96.

⁹ Cf. L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 37-38.

nada fácil, igualmente se aventura el delimitar el contenido de lo que son los derechos humanos *desde, en y hacia* la realidad ¹⁰.

En el ámbito de la realidad, la ayuda de la etimología de lo que sea el Derecho nos lleva del *ius* clásico o al *directus* del latín vulgar. El primero enlazaría con alguna raíz indoeuropea, y vendría a significar ‘*unir*’, ‘*fórmula que ata, que vincula ordenadamente, que tiene fuerza legal*’. El segundo, *Directus*, es el origen del término Derecho castellano. Su infinitivo latino *dirigere* participa de la raíz indoeuropea *rég*, cuyo significado es tanto ‘dirigirse hacia’, como ‘enderczar o regir’ ¹¹. Por otra parte, la acepción castellana del término permite utilizarlo en su sentido objetivo como norma; en su sentido subjetivo como facultad; en sentido axiológico como ideal de justicia; y en sentido científico como disciplina objeto de estudio ¹².

Las definiciones de Derecho en la historia del pensamiento jurídico han sido múltiples, coincidentes o contrarias en muchos casos (v. gr: definiciones ostensivas, esencialistas o realistas, nominalistas estipulativas o nominalistas lexicales, explicativas en sentido histórico o explicativas en sentido crítico) ¹³. En particular, en el ámbito de la ciencia jurídica, la pluralidad significa que no se comparte ni un mismo método ni los mismos fines para llegar a definir el Derecho ¹⁴. Es cierto que el pluralismo de acercamientos, en sí mismo, no es negativo, al contrario, es signo de salud humana y científica. Lo que ocurre es que dicho pluralismo en la concepción del Derecho no es indiferente a la vida del hombre. Por afectar la vida humana en el grado en que lo hace, literalmente en muchos casos decidiendo entre la vida y la muerte biológica o psicofísica del animal de realidades, es por lo que tiene especial trascendencia práctica el asunto de discernir ajustadamente entre, digámoslo así, un *Derecho realizador de la vida* y un *pseudoderecho necrófilo*. Y porque se conoce, se siente y se ejerce el vértigo de dicha disyuntiva es por lo que también se explica el grado de controversia histórica alcanzado en la definición ¹⁵.

En particular, el Derecho ha sido entendido por los juristas nazis como ‘la voluntad del Führer’; la declaración de voluntad del soberano (Bentham); el

¹⁰ Cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 22-51.

¹¹ A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 66; cf. A. LÓPEZ MORENO, *El concepto del Derecho*; F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 102-104.

¹² A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 69.

¹³ Cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 29-36.

¹⁴ Sirva como ejemplo la concepción de ciencia jurídica de Kelsen y de Kirchmann. Para el primero, la ciencia jurídica tiene por objeto la descripción normativa del Derecho. Para el segundo, la Jurisprudencia carece del rango de ciencia puesto que su objeto es voluntad cambiante. Está tan sometido al arbitrio de la voluntad humana que bastan unas palabras del legislador para convertir bibliotecas jurídicas enteras en basura, cf. A. CALSAMIGLIA, *Ciencia jurídica*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 16; 19.

¹⁵ Cf. A. CALSAMIGLIA, *Ciencia jurídica*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 17.

mandato del superior y el hábito de obediencia en el súbdito (Austin); como una técnica de control social (Kelsen); como reglas para la dirección y guía de los funcionarios y ciudadanos (Hart); fundamento de deberes, y como un método de resolución de disputas (Raz); como ideología opresora (Marx); relaciones jurídicas fundamentales como un conjunto de libertades, pretensiones, poderes e inmunidades (Hohfeld), etc.

De entre esta pluralidad de enfoques, ciertamente la voluntad, el mandato, la obediencia, el control y la resolución de disputas, el 'enderezar', y el 'dirigirse hacia' parecen ser constantes, más o menos compartidas, como elementos que conforman el Derecho. Ahora bien, algunos de dichos enfoques han dejado en evidencia la parcialidad en el análisis ¹⁶. El positivismo y el descriptivismo han pretendido acercarse al Derecho sin intención evaluativa. Sin

¹⁶ En particular, J. Finnis critica a Bentham y Austin por no justificar la definición de Derecho de la que parten. Ellos dedican su esfuerzo a mostrar cómo los datos de la experiencia legal pueden ser explicados según la definición de Derecho que ofrecen. Bentham entiende el Derecho como un conjunto de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano en un Estado. Para Austin, el mandato de un superior en el orden político, y el hábito de obediencia del súbdito son el núcleo del Derecho. Para Kelsen, también el Derecho es una técnica social que consiste en conducir la praxis de los hombres por el principio de eficacia, y a través de la amenaza de medidas de coacción que serán aplicadas en caso de una conducta contraria a la establecida. De aquí deriva la norma legal individual como una norma para la aplicación de una sanción. Un acto legal será un acto por medio del cual una norma legal es 'creada', y aplicada según la Constitución, que se asienta últimamente en el principio de eficacia social. La norma queda sin contenido material, con un carácter formal. Sin embargo, el intento de Kelsen deja la legitimidad última en la eficacia de la 'realidad social', una realidad que, a pesar de su pretensión, no queda separada de la norma legal: del Derecho, sino que es su contenido material, su legitimidad y su aplicación [cf. H. KELSEN, *What is a Legal Act: The American Journal of Jurisprudence* 29 (1984) 199-212]. Aunque Hart critica a Austin y a Kelsen, sin embargo, tampoco consigue enfocar correctamente -en opinión de J. Finnis- el núcleo de lo que es Derecho. Para Hart, el concepto del Derecho se describe como reglas para la dirección de los funcionarios y ciudadanos, no meramente como un conjunto de predicciones de lo que los funcionarios harán. Las normas 'secundarias' han aparecido para remediar los defectos de un régimen pre-legal de normas únicamente 'primarias'. Por ello, según Hart, debe haber un contenido mínimo de normas primarias y de sanciones con el fin de asegurar la supervivencia de la sociedad y de sus miembros, ofreciéndoles 'razones prácticas' para cumplir con dichas normas. Para Raz, el Derecho es un sistema de normas que anticipa un método de resolver disputas por medio de normas que guían a las 'instituciones primarias', y que orientan a los individuos, cuya conducta debe ser juzgada por esas instituciones. De este modo, en Raz el Derecho no monopoliza únicamente el uso de la fuerza como medio para asegurar la paz, sino que pretende regular con autoridad cualquier tipo de conducta, y todas las instituciones normativas a las que pertenecen los miembros de dicha comunidad. Además, el Derecho contiene normas cuyo objeto es dar fuerza vinculante dentro del sistema a normas que no pertenecen a él. De este modo, a diferencia de Kelsen, en Raz el Derecho no tiene a la sanción como característica central. La resolución de disputas, la coordinación de los miembros de la comunidad, y la prevención de los daños ocasionados a ellos mismos son funciones propias del Derecho incluso en una 'sociedad de ángeles' donde no hubiese sanción alguna. J. Finnis, por otro lado, toma distancias de Hart y Fuller, que pretendieron, desde la distinción entre normas primarias y secundarias o la distinción entre reglas de derecho y procesos institucionales directivos, justificar análisis descriptivos del Derecho desde algunas consideraciones prácticas relevantes. Ambos

embargo, como señala J. Finnis, es curioso que entre los mismos autores exista tanta diferencia en la descripción. Y es que, últimamente, esa ausencia de coincidencia descriptiva proviene de diferencias de opinión con respecto a lo que es *importante y significativo* ¹⁷.

J. Finnis, que rechaza la falsa neutralidad axiológica del método legal de la jurisprudencia analítica, pretende una conciliación con el momento de verdad del positivismo ¹⁸. Para explicarse la realidad del Derecho es indispensable determinar los bienes humanos que buscan asegurar las leyes, y, en segundo lugar, determinar los *requerimientos de razonabilidad práctica* que un orden ¹⁹ legal legítimo debe satisfacer ²⁰. No hay posible discontinuidad entre la dimensión ética y la dimensión legal en el ser humano ²¹. Por ello, la obligación legal puede ser afirmada como una ‘obligación moral’, y ‘el establecimiento de un sistema legal’ puede ser afirmado como un ‘sistema moral’ orientado hacia el cumplimiento de las aspiraciones universales, encarnadas –para J. Finnis– en la tradición del Derecho natural. De este modo se consigue preservar la unión del Derecho con la Ética respecto al arbitrario relativismo histórico y descriptivista. Así pues, en su opinión, el Derecho es una obligación legal, que tiene una fuerza ‘invariante’; algo más que una mera obligación. La fuerza de la obligación legal viene de la tendencia natural de los sujetos legales a considerar los derechos y deberes impuestos por determinadas normas de Derecho como limitaciones y posibilidades de la ‘razonabilidad práctica’ en orden a la realización.

Profundizando en el análisis de la fuerza ‘invariante’ de la ARA, desde la ARE –que entiende al hombre como metafísica intramundana que hace historia (Elías de Tejada) en la marcha hacia el encuentro con la realidad verdadera (Verdad fundamental de Galán y Gutiérrez)– se descubre en el Derecho tres momentos que lo caracteriza. En primer lugar, positiviza en normas el dinamismo moral de la justicia; lejos de tener su origen en la ideología de la opresión, es expresión del amor en la comunidad mundanal (amor de justicia). En segundo lugar, la positivación se hace desde la autonomía de la comunidad. Y, en tercer lugar, ejecuta dichas normas. Positivación de la justicia, autonomía de la positivación, y aplicación de las normas positivadas son los tres elementos propios del Derecho. Ahora bien, ¿por qué estas dimensiones y no otras? ¿Es acaso el criterio arbitrario el que nos inclina por unas y margina otras

autores aislaron –a su juicio– la actitud práctica hacia el Derecho de una preocupación moral de ‘razonabilidad práctica’ más amplia, negándole toda significación ética a la perspectiva práctica que ellos asumieron en la construcción de la descripción de la realidad legal, cf. C. COVELL, *The Defence of Natural Law*. 199.

¹⁷ Cf. J. M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 9.

¹⁸ Cf. G. J. DALCOURT, *Finnis and Legal Language and Reasoning: The American Journal of Jurisprudence* 40 (1995) 49-69.

¹⁹ Cf. A. LÓPEZ MORENO, *El concepto del Derecho*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 104-109.

²⁰ Cf. C. COVELL, *The Defence of Natural Law*. 198.

²¹ Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *o. c.*, 54-56.

posibles características? Hemos indicado arriba que es el atenuamiento al dinamismo del análisis de la ARE el criterio elegido. Un criterio que se reclama atendido a los hechos. Y desde donde la definición es una ‘representación simbólica de la realidad’²², como afirmación de realidad. Que lo sea con mayor o menor grado de certeza depende de que más análisis y más búsqueda racional termine por verificarlo o refutarlo.

Pues bien, desde este hecho analítico, los momentos del dinamismo de la ARE en que se actualiza la realidad corresponden con la *tridimensionalidad moral del Derecho mundial*²³: A) La positivación en normas del dinamismo moral de la justicia es la concreción del momento intelectual de la realidad, que comienza a acotarse en su actualización como realidad jurídica. La doctrina jurídica viene a confirmar la verdad coincidencial de nuestro análisis al reconocer dicha dimensión, y que conceptúa como *legalidad*. La norma sería el contenido propio de la legalidad. Ahora bien, por ser la ARE *acción de realidad moral* esa norma no está demandando un valor, sino que es una realidad intrínsecamente moral. No es valor, ya que es realidad valiosa; ni tampoco existe desprovista de su dimensión moral. La norma comienza siendo positivación de un dinamismo previo de justicia (Cap. III. § 5.B.(4)(1)) B) La positivación desde la autonomía de la comunidad es la concreción del momento de sentimiento afectante donde se actualiza la realidad como comunicación estética, personal y comunitaria. La doctrina ha conceptualizado a esta dimensión como *legitimidad*. Ahora bien, la legitimidad no le viene a la norma por los valores sociales vigentes o creados por la misma sociedad. Ya se ha dicho que la norma ni es valor ni está desprovista de su intrínseca realidad moral de justicia. Por el contrario, la legitimidad de la norma se encuentra en la autonomía de la positivación en orden a la justicia. C) La ejecución de las normas es la concreción del momento de voluntad tendente donde se actualiza la realidad como libertad (liberación-libertad *para-praxis* ejecutiva). La doctrina, con frecuencia, ha conceptualizado esta dimensión como *eficacia*. Lo propio de la eficacia es el carácter de hecho. Ahora bien, en el análisis de la ARE ese hecho es la praxis de la acción jurídica concreta de realización²⁴.

Los tres momentos o dimensiones del Derecho, en terminología zubiriana, digamos que se ‘recubren’. No puede ser de otro modo porque ya hemos visto que la disgregación de los momentos de la ARE es una teoría que no se corresponde con los hechos. Lo que se nos actualiza en la aprehensión pri-

²² Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 36.

²³ El Profesor A. E. Pérez Luño refiere la tridimensionalidad del Derecho a la dimensión *social, normativa y axiológica* del mismo. Él añade una cuarta dimensión: la *histórica*. De manera que propiamente el Derecho tendría un ‘tetradimensionalismo’, Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 38-40; cf. F. J. ANSUÁTEGUI, *El concepto de Derecho*; G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 19-20; 24.

²⁴ A. LÓPEZ MORENO, *Aproximación al estudio y al sentido del Derecho*; F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 88.

mordial de realidad y es analizado por el logos es la unidad de una única ARE. Por ello el Derecho, si quiere construirse desde la realidad ha de atender a la *respectividad* de las tres dimensiones. A ello parece querer apuntar el análisis tridimensional de parte de la doctrina²⁵ que mantiene que ‘las tres dimensiones o planos del derecho se interfieren e implican entre sí de forma necesaria’²⁶. Y, finalmente, señalar que en el recubrimiento de la respectividad dimensional no hay prioridad de ninguno de los tres momentos- dimensiones. Por ello, la positivación de la norma (carácter objetivo) no puede ser defendido como el análogo principal, y los otros dos elementos los análogos secundarios (axiológico y facultativo), sino que los tres son igual de principales²⁷.

De este modo, en un intento de conceptualizar el Derecho desde el análisis de la ARE, y sin pretender una definición científica, diremos que no es que *ius-titia* sea ‘estar en el Derecho’ sino que el Derecho se deriva de la justicia, como afirmó Ulpiano, y luego recogió San Isidoro. Para Ulpiano ‘*Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*’²⁸ (justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho). Ahora bien, la justicia no es el subjetivismo de una virtud, sino que, como hemos visto (Cap. III. § 5.B.(4)(1)), la justicia es un momento de la ARE que actualiza la realidad en el ‘nosotros histórico’ como promoción de la ARE en su unidad (*verdad-amor-libertad*). Por ello, el Derecho, en cuanto la *dirección a la justicia*, es positivar la *realización de la justicia*. El Derecho es positivación de un dinamismo que viene de otro lugar que el instinto jurídico, con su especificidad, permanencia y tipicidad; de otro lugar que el sentimiento jurídico de los espíritus cultivados; de otro lugar que la región ontológica de lo racional (N. Hartmann)²⁹. El Derecho es la positivación de la *acción de realidad* en su justicia³⁰.

²⁵ El enfoque doctrinal de un análisis *tridimensional* del Derecho, que propone una ‘krisis’ como ‘mezcla adecuada’ del valor (legitimidad) norma (legalidad) y hecho (eficacia) arranca desde los años treinta del siglo XX con la concepción de M. Reele y L. Recasens Siches (tridimensionalidad específica), y L. Legaz Lacambra y E. García Maynez (tridimensionalidad genérica). En la actualidad se inscriben en esta concepción del Derecho, entre otros autores: J. Almoquera Carreres, Elías Díaz García, Ángeles López Moreno, Alberto Montoro Ballesteros y A. E. Pérez Luño, cf. A. LÓPEZ MORENO, *Aproximación al estudio y al sentido del Derecho*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), Manual de Teoría del Derecho, 97.

²⁶ A. LÓPEZ MORENO, *Aproximación al estudio y al sentido del Derecho*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), Manual de Teoría del Derecho, 88.

²⁷ Para A. Fernández-Galiano el Derecho, como norma, es el análogo principal de la polisemia del mismo. Derecho como facultad y como valor serían análogos secundarios, cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 71.

²⁸ DIGESTO, Libro I, título I, p. 10.

²⁹ Cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 63-66.

³⁰ Cf. A. LÓPEZ MORENO, *Aproximación al estudio y al sentido del Derecho*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), Manual de Teoría del Derecho, 89-90.

2. LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Respecto a la positivación de los derechos humanos en particular, diferentes enfoques jurídicos han dado cuenta del significado de la misma. Para la tesis iusnaturalista ³¹ es el 'reconocimiento formal formulado por parte del Estado de unas exigencias jurídicas previas que se encarnan como normas positivas para mejor garantía de su protección' ³². Para la posición positivista, la positivación es la formulación de la voluntad de poder de otorgar función constitutiva, y no meramente declarativa, a unas manifestaciones. Por lo cual, los derechos humanos sólo existen en cuanto aparecen recogidos en las normas positivas ³³. Para la sociología jurídica (realista), la positivación es un paso de formulación necesario para el efectivo disfrute de los derechos humanos, que no proceden de estancias metafísicas como pretenden el iusnaturalismo, pero que tampoco es producto de la norma jurídica. Serán las condiciones socioeconómicas de cada momento histórico las que aconsejen la positivación de los derechos fundamentales a través del ordenamiento. Desde esta óptica, la positivación es una cuestión política y no filosófica, como lo es para los iusnaturalistas; y tampoco es una mera cuestión jurídica. Más allá de la ley positiva está el contexto socioeconómico creador del Derecho ³⁴.

Ahora bien, desde el análisis que venimos realizando de la ARE habría que precisar algunos puntos. En primer lugar, la positivación de los DH no es de derechos naturales previos, de exigencias jurídicas previas, puesto que antes de la misma positivación no hay Derecho, ni derechos (es el momento de verdad de la crítica positivista); lo que sí hay es dinamismo de la ARE en su momento de justicia (*verdad-amor-libertad*). En segundo lugar, la positivación no es la simple formulación de la voluntad del poder (verdad de la crítica del iusnaturalismo) puesto que la voluntad lo es del poder de lo real. En tercer lugar, la positivación no es únicamente la formulación de un interés socioeconómico e histórico (reducción de la sociología jurídica) sino que es el interés de la realización humana el que en su dinamismo histórico y mundial busca ser protegido por la ley.

³¹ El uso que J. Finnis otorga a la ley natural es como el conjunto de principios de 'razonabilidad práctica' en orden a la vida humana y a la comunidad humana, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, o. c., 280. Desde estos principios de Derecho natural, en línea con Santo Tomás de Aquino, se pueden derivar otros principios por un proceso de deducción de conclusiones demostrativas desde principios generales. Con ello, tales leyes no serán únicamente ley positiva sino que también tendrán 'la fuerza' de la ley natural (p. 281). La derivación del Derecho desde los principios básicos de razonamiento básico tiene, en J. Finnis, los dos modos mencionados por Santo Tomás. El esfuerzo requerirá de un juez y un legislador, quienes en muchos casos recurrirán a un modo secundario de derivación vinculado a los principios básicos, y controlado por una serie de principios estructurales formales, los cuales se derivan de los principios básicos mediante el primer modo de derivación (p. 289), cf. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, 255-266; cf. T. E. DAVITT, *a. c.*, 66.

³² Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *o. c.*, 55.

³³ *Ibid.*, 56-59.

³⁴ Cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 288-289; cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *o. c.*, 54-56.

Así, la definición de positivación de los DH, ofrecida por el profesor A. Fernández-Galiano, como ‘el proceso por el que los derechos fundamentales son recogidos y formulados por las normas positivas, haciendo así posible su ejercicio eficaz’³⁵, se puede reajustar, desde el análisis de la ARE, afirmando la positivación de los DH como el proceso por el cual el momento de justicia³⁶ es formulado en normas jurídicas³⁷. Es la creación y formulación de la ley³⁸. Ciertamente, los DH son creación pero como positivación no de derechos previos (Benito de Castro), sino de los momentos del dinamismo de la ARE por la que discurre la vida del animal de realidades. Acercándonos a J. Maritain, diremos que no le incumbe a la comunidad ‘últimamente’ legitimarlos (otorgarlos) sino positivarlos (reconocerlos) y aplicarlos.

La definición de positivación ofrecida lo es en sentido general. Una mayor precisión nos pide determinar, por un lado, el contenido positivo que caracteriza a los derechos humanos como tales, así como el autor y el proceso de formulación. Dejando las preguntas por el contenido, el autor y el proceso de positivación para el apartado siguiente, nos detenemos, ahora, en el análisis del derecho humano como norma jurídica.

2.1. *Formular norma jurídica*

Que positivar una norma se defina como la formulación de una norma jurídica parece generalmente aceptado en la doctrina. Sin embargo el acuerdo no va mucho más allá. Por el contrario, todos los problemas de delimitación conceptual, significación e interpretación se desplazan a los términos de la proposición. Se plantean entonces las cuestiones clave a determinar: ¿qué es formular? ¿qué es norma? ¿qué significa el adjetivo jurídico asociado a la formulación de la norma? Veamos el alcance de cada uno de los interrogantes.

2.1.1. Positivar es formular

La pregunta por la formulación pide previamente preguntarse por la naturaleza del medio por el cual se hace la formulación: el lenguaje³⁹. En la doctrina normativista es campo común el reconocimiento de la formulación de la norma como la creación de una *entidad lingüística prescriptiva*. Se viene a afirmar que «las normas jurídicas son expresión del deber ser. No son descrip-

³⁵ Cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, 287.

³⁶ T. E. DAVITT, *a. c.*, 67-68.

³⁷ *Ibid.*, 67.

³⁸ *Ibid.*, 71; 85-90.

³⁹ Cf. J. J. MORESCO, *Lenguaje jurídico*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 105-114; 112; Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 173-178; 176.

ciones de la realidad»⁴⁰. Aquí se defiende, por el contrario, que la función descriptiva, valorativa y prescriptiva del lenguaje está inescapablemente presente en el lenguaje. *Prescribir* es una de las funciones del lenguaje junto a la función *descriptiva* y la función *expresiva* (N. Bobbio)⁴¹. Si la función descriptiva es la dominante del lenguaje científico, y la función expresiva es la dominante del lenguaje poético, por último, la función prescriptiva es la dominante del lenguaje normativo. El lenguaje se convierte de este modo en el instrumento, en la vía por la cual es posible cristalizar gramaticalmente un mandato, una prohibición, una permisión, etc. Ahora bien, esas entidades lingüísticas son algo más que la gramaticalidad: tienen signos con significado. Con ello, la formulación de la norma necesita de las aportaciones de la ciencia de los signos que es la semiótica. Esta ciencia afirma que el lenguaje natural en el que se formulan las normas está estructurado tridimensionalmente: a) dimensión sintáctica; b) dimensión semántica; c) dimensión pragmática. En primer lugar, sintácticamente, el lenguaje normativo implica la *corrección formal* de la relación entre los términos (signos) de la entidad lingüística. En segundo lugar, semánticamente, el lenguaje normativo implica la *corrección significativa* de la relación entre los términos (expresiones lingüísticas) y el objeto significado por ellas. En tercer lugar, pragmáticamente, el lenguaje normativo implica lo que podríamos denominar como *corrección del contexto práctico*. Ello supone el estudio de la relación entre las expresiones jurídicas y el contexto de la acción espacio temporal de los afectados por las mismas⁴².

La perspectiva zubiriana del lenguaje que seguimos ofrece algunas peculiaridades. Recordamos que para X. Zubiri en el lenguaje se pueden diferenciar tres estratos. A) En primer lugar, el lenguaje es una signación como reducción de una significación. B) La significación es una reducción de la expresión. C) La expresión es la actualización de la realidad como comunicación de realidad. Ser reducción de significación y de expresión no le hace perder al lenguaje su dimensión significativa ni su dimensión expresiva. El lenguaje, aunque directamente está remitiendo a unos signos, en un segundo nivel lo hace hacia una significación, y, en tercer lugar, hacia una expresión. Y como desde la expresión cada uno de los estratos es de realidad, la principal característica del lenguaje es que es *lenguaje de realidad*. Un lenguaje de realidad que hace a la semiótica convertirse en semiótica de realidad. Las dimensiones del lenguaje natural de las normas se transforman en la *sintáctica de realidad* (ciencia de la signación de realidad), en la *semántica de realidad* (ciencia de la significación de realidad), y, finalmente, en la *pragmática de realidad* (ciencia de la expresión de realidad). Esta última dimensión es la

⁴⁰ F. J. ANSUÁTEGUI, *El derecho como norma*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 148; 148-150.

⁴¹ Cf. A. E. PEREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 173-174.

⁴² Cf. F. NAVARRO AZNAR, *Diferente estatuto óntico de las normas jurídicas*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 121-123.

generadora y el asiento de todas las demás. Sin comunicación de realidad en la praxis no es posible la existencia de uno de sus modos: el lenguaje. En cuanto a las funciones de éste, si nos atenemos a los momentos del dinamismo de la ARE, en el lenguaje, como comunicación de realidad, cabe diferenciar una *función intelectual*, una *función dialogal* y una *función pragmática*. La primera función del lenguaje se caracteriza por ser apertura de realidad en cuanto nos lleva a enfrentarnos a los hechos, analizarlos y conocerlos como realidad (N. Bobbio la ha caracterizado como función descriptiva, y la hace propia del lenguaje científico). La función dialogal se caracteriza porque la apertura a la realidad es como reconocimiento de la realidad del tú, discernimiento dialogal con la realidad del tú, y discernimiento valorativo hacia el nosotros comunitario (N. Bobbio la conceptualiza como función expresiva, y la hace propia del lenguaje poético). La función pragmática del lenguaje se caracteriza porque la apertura a la realidad es como movimiento imperativo, optativo y ejecutivo de la acción de realidad (N. Bobbio la conceptualiza como función prescriptiva, y la hace propia del lenguaje normativo) ⁴³.

¿Qué es entonces formular una norma desde la perspectiva de la ARE donde el lenguaje lo es de realidad? En primer lugar, en un sentido general, formular una norma jurídica puede ser definido como la acción de acotar lingüísticamente una parte de la realidad juzgada como realidad jurídica. En sentido restringido, tomando sólo el término 'formular', por tal entendemos el acotamiento lingüístico. Formular es una delimitación del ámbito de la realidad. El carácter lingüístico del acotamiento es siempre más amplio que la reducción del lenguaje oral o escrito. Ello explica que los usos y costumbres, como lenguaje de la praxis, incluso donde no aparece la formulación oral o escrita, pueda acotar propiamente un ámbito de la realidad y convertirse en formulación. La formulación escrita ciertamente tiene especial relevancia en el mundo actual, dada las dimensiones y complejidad que ha alcanzado nuestra sociedad. En dicha formulación, el acotamiento lingüístico se produce en un dinamismo concéntrico que marcha desde la pragmática, por la semántica, hacia la sintaxis de realidad.

2.1.2. Norma

¿Qué es una norma? La pregunta por el concepto de norma no es nada nueva, sino que se la viene haciendo la ciencia del Derecho desde hace mucho tiempo ⁴⁴. Las diferentes corrientes jurídicas han reflexionado sobre el tema y han aportado sus puntos de vista respectivos ofreciendo una pluralidad de definiciones ⁴⁵. En particular, la doctrina ha diferenciado entre norma (puede

⁴³ Cf. *Ibid.*, 121.

⁴⁴ Cf. J. DELGADO PINTO, *Normatividad del Derecho*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 425-440.

⁴⁵ Cf. C. E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Norma jurídica*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 143-146.

ser 'válidas o inválidas, obligatorias o no, obedecidas o desobedecidas, justas o injustas, etc'.), y proposición normativa ('son verdaderas o falsas, pero no pueden ser obedecidas ni desobedecidas y no tiene sentido decir que son válidas, obligatorias o injustas'). Desde 1969, C. E. Alchourrón y, luego, junto a E. Bulgin han mostrado la diferencia entre el comportamiento lógico de la norma y de la proposición normativa⁴⁶.

La norma, en primer lugar, ha sido entendida tradicionalmente como *mandato*, oral o escrito, en la tradición imperativista. Para esta concepción de la norma, ésta es un 'imperativo o manifestación de una voluntad libre a otra voluntad libre para determinar su obrar'⁴⁷. El acento se pone en el momento volitivo de la acción, en ocasiones, en el sentido excluyente de Hobbes, *authoritas, non veritas facit legem*; en otras, como es el caso de Suárez, intentando armonizarlo con el momento intelectual: juicio recto y el imperio de la voluntad eficaz. A la línea imperativista pertenecen autores, además de los citados, tales como Thomasius, Pufendorf, Bentham y Austin. A esta interpretación de la norma jurídica se le ha objetado principalmente la reducción de toda la amplia variedad de normas al tipo imperativo. Una consecuencia de dicho reduccionismo injustificado –se dice– es que se tenga que considerar como normas impropias a las normas declarativas, permisivas, consuetudinarias, y a las normas que otorgan derechos. En segundo lugar, la norma ha sido considerada como *juicio hipotético* (Zitelmann, Kelsen). En este análisis la norma se define como la imputación o relación contingente de atribución de una consecuencia jurídica a un antecedente o hecho, que es la condición pero no la causa (Si es A, debe ser B). En tercer lugar, la norma ha sido considerada como *proposición disposición o determinativa* (A. Reinach). En este caso, la norma se convierte en una regla que no contiene necesariamente mandatos afectantes a la conducta de los destinatarios, sino que lo que establece es 'cómo se debe obrar para hacerlo conforme a los márgenes dados por el Derecho'⁴⁸. No busca el acatamiento del mandato sino la validez normativa, lo válido y obligatorio en el Derecho. En cuarto lugar, la norma se ha entendido como *proposiciones deónticas* (Kalinowski, Von Wright). En este análisis, las normas se diferencian de los imperativos porque estos no permiten; y de los juicios de valor, que no mandan, ni prohíben, ni permiten. Las normas, en cambio, mandan, prohíben o permiten. En quinto lugar, la tradición realista americana entiende la norma como *regularidades de comportamiento social* anteriores a la codificación y promulgación de las mismas. En sexto lugar, la norma se entiende como *razón para la acción* (M. Atienza, J. C. Bayón, C. S. Nino, J. Raz, J. Ruíz Manero). La norma en este análisis aparece como 'razones para actuar en los razonamientos justificatorios de acciones y decisiones

⁴⁶ Ibid., 141-142.

⁴⁷ Cf. F. NAVARRO AZNAR, *Teorías acerca de la naturaleza de la norma jurídica*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 149-157; 149.

⁴⁸ Ibid., 155.

jurídicas⁴⁹. Así puede diferenciarse razones suficientes para la acción (normas de mandato), imperativos hipotéticos (reglas constitutivas de poderes), y criterios para entender o identificar normas (definiciones). Para J. Finnis, en particular, la ley como norma es una proposición normativa que encauza las elecciones personales y comunitarias hacia la promoción y el respeto del buen orden⁵⁰.

Visto el panorama de cómo es definida la norma en la reflexión jurídica, toca ahora preguntarse por lo que puede aportar al asunto en cuestión el análisis de la ARE. ¿Cómo se conceptúa la norma desde el análisis de la ARE? Pues bien, la respuesta a la conceptualización de la norma es definirla como *afirmación debida de realización*. El sentido que damos al término afirmación es el propio del momento del logos. Recordamos que el logos es un logos sentiente que actualiza la realidad como verdad coincidencial, y donde el movimiento analítico en el ámbito del campo se distancia en retracción para revertir a la realidad de la que nunca se ha salido; una reversión afirmativa. Por ser afirmación de realidad, este análisis de la norma se muestra integrador de las definiciones anteriores, puede tomar la forma de cualesquiera de ellas en un momento determinado pero no se reduce a ninguna.

¿Qué estructura tiene la norma? Ante este interrogante, la opinión más extendida en la doctrina es que la norma tiene una estructura lógico-lingüística tridimensional. Coincidiendo en líneas generales con dicho análisis, desde la ARE encontramos que la estructura analítica (no constitutiva) de la norma tiene lo que denominamos *afirmación debida de realización*⁵¹: A) Un supuesto de hecho vinculante. B) Vínculo de unión. C) Consecuencia vinculada. A) El supuesto de hecho o *prótasis* es la acotación de la realidad (*Tatbestand-Sachverhalt*)⁵². B) El vínculo de unión es la cópula normativa (que podemos llamar *cópula moral de realidad*, por la que se vehicula la realidad deudora como poder, deber, obligación, validez, etc.). C) La consecuencia jurídica vinculada o *apódosis*. Este momento prescribe el sentido y el contenido de la acción vinculada, que puede ser imposición de sanciones, deberes, etc. Con frecuencia la formulación de la norma se hace como juicio hipotético, y en el sentido *binario* propio del dinamismo de la ARE, contemplando el supuesto del sentido positivo de la afirmación (para la vida en cuanto realización), y el sentido negativo de la afirmación (para la muerte en cuanto degeneración). La estructura analítica de la norma vendría a ser de la forma siguiente:

H (hecho) es B (bien);

Si es B, *debe ser* ARE (acción de realización);

Si no es ARE, *se impone* SRE (sanción de realización).

⁴⁹ Cf. F. NAVARRO AZNAR, *Diferente estatuto óntico de las normas jurídicas*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 129.

⁵⁰ J. FINNIS, *Natural Law and the Ethics of Discourse*, 62.

⁵¹ Hablamos de norma en general, como norma jurídica lo hacemos en el apartado siguiente.

⁵² Cf. F. NAVARRO AZNAR, *Las normas jurídicas: lenguaje, estructura lógica y atributos esenciales*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 135-136.

Siendo (H) el hecho que se acota; (B) el contenido de bien de (H); (ARe) la acción de realización vinculada debidamente a (B); y (SRe) la sanción de realización impuesta a quien no actúa conforme a lo que la norma establece⁵³. Para aquellos que mantienen la escisión entre el mundo del 'ser' y del 'deber ser', por miedo a caer en la *falacia naturalista*, este tipo de estructura parece evidenciar ese salto⁵⁴. Por ello, el normativismo de Kelsen hubo de recurrir a la imputación (en el mundo del deber ser) y no a la causalidad (en el mundo del ser). En el ámbito del 'deber ser' no hay salto alguno porque se mueve en la relación atributiva entre una condición y su consecuencia. Pero a pesar del deseo de Kelsen, en primer lugar, la condición siempre es condición de realidad; en segundo lugar, la realidad no es un modo de ser sino que el ser es un modo de realidad, de manera que el hecho en el que nos movemos es la aprehensión primordial de realidad, y no la teoría de los mundos separados: por un lado el mundo del 'ser' amoral y por otro el mundo del 'deber ser' moral. En tercer lugar, recordar que la causalidad no es lo mismo que la causa. La primera se nos da en la aprehensión primordial de realidad, y es posible analizarla en su funcionalidad en el logos. Por el contrario, la causa hay que buscarla en una marcha intelectual racional. Y en la funcionalidad de la realidad se nos da una realidad que es dinamismo sucesivo y no una sucesión de ideas. Es por todo ello que, por ejemplo, la actividad cotidiana de los jueces, y el mismo Derecho, son testigos eternos de la estructura de propio dinamismo moral de realización humana.

2.1.3. Jurídica

¿Es la norma por sí misma norma jurídica?, ¿Hay distinción entre una norma y la norma jurídica? Ciertamente lo expuesto hasta el momento de lo que sea la norma puede predicarse de muchos tipos de normas que no son necesariamente normas jurídicas. El caso de la norma moral puede servir de ejemplo. ¿Qué se necesita entonces para que la afirmación debida de realidad sea norma jurídica?

Lo que hace convertirse una norma en norma jurídica es que el acotamiento de la realidad debida se haga por la comunidad para su autoexigencia coactiva por sanción legal. Con ello la norma se incorpora junto a otras al ámbito de realidad de la justicia que la comunidad ha positivado, formulado en normas, acotado para hacérselo a sí misma exigible por la coacción de la sanción jurídica. Es en la respectividad al orden jurídico en general (el Derecho), y al ordenamiento particular, cómo la norma adquiere juridicidad, y no porque

⁵³ A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 363-364.

⁵⁴ Cf. A. E. PEREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 200.

como simple norma pueda tener unas u otras características (v. gr. mayor grado de generalidad, abstracción, etc.)⁵⁵.

La estructura analítica (no constitutiva) de la norma, ahora como norma jurídica, sería la siguiente:

- H (hecho) es BJ (bien jurídico);
- Si es BJ, *debe ser* AJRe (acción jurídica de realización);
- Si no es AJRe, *se impone* SJRe (sanción jurídica de realización).

Siendo (H) el hecho que se acota; (BJ) el contenido jurídico de bien de (H); (AJRe) la acción jurídica de realización vinculada debidamente a (BJ); y (SJRe) la sanción jurídica de realización impuesta a quien no actúa conforme a lo que la norma jurídica establece⁵⁶.

2.2. Tipología de la norma jurídica

En el apartado anterior hemos afirmado que la norma tiene su estructura. ¿Pero acaso tienen todas las normas la misma estructura como *afirmación deboratoria de realidad*? ¿Son todas las normas del mismo tipo? La primera impresión que obtenemos cuando nos acercamos al bosque normativo es que no, sino que, por el contrario, nos enfrentamos con una pluralidad tipológica de normas. Ante este dato cabe preguntarse: ¿Por qué dicha diversidad?, ¿Cómo se articulan los distintos tipos? La doctrina ha constatado este dato de la heterogeneidad de las normas mismas⁵⁷. La explicación que se ofrece recurre al argumento de la misma diversidad intrínseca de las normas, y a la diversidad en los criterios sistematizadores de los autores que las analizan, los cuales responden con mayor o menor grado de ajustamiento analítico a la naturaleza de la norma.

En general, la doctrina viene a coincidir en distinguir⁵⁸: A) *Normas de conducta* (primer orden): *órdenes, prohibiciones y permisos*. En las normas de conducta se hace una subdivisión diferenciando entre normas de mandato y permisos. Las normas de mandato son aquellas que imponen una conducta obligada, tanto en el sentido binario positivo (órdenes) como en el sentido binario negativo de la imposición (prohibición). Con respecto a los permisos,

⁵⁵ Cf. R. CARACCIOLLO, *Sistema jurídico*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 161-174; 166-167. Cf. F. NAVARRO AZNAR, *Concepto de norma*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 118-119.

⁵⁶ Cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 363-364.

⁵⁷ Cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 179-187; 197-202.

⁵⁸ Cf. C. E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Norma jurídica*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 133-146; 138-140. Cf. F. CARPINTERO BENÍTEZ, *Los distintos sectores del Derecho. Distintos tipos de normas jurídicas*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 563-587.

el carácter imperativo es –se dice– de segundo grado: se faculta tanto la comisión de una acción como su omisión. Para parte de la doctrina los permisos siguen siendo mandatos que en su dinamismo binario positivo o negativo niegan una prohibición o niegan una orden. Para esta corriente de interpretación, en consecuencia, todas las normas de conducta tienen al mandato como su propio contenido ⁵⁹. B) *Normas de organización o competencia del cambio normativo* (normas de segundo orden que ofrecen certeza, dinamicidad y seguridad) ⁶⁰: (i) *normas constitutivas* del hecho del cambio normativo; (ii) normas que *confieren poderes* para producir dicho cambio; (iii) normas *regulativas del ejercicio del poder* normativo ⁶¹. C) Normas ‘*asimiladas*’. En tal categoría se enmarcan una serie de expresiones jurídicas asimiladas a las normas por cumplir con una cierta función normativa: (i) normas *declarativas* o *explicativas* (las definiciones ⁶²), tienen como función acotar el significado de los términos normativos; (ii) *normas restrictivas*, tienen por función acotar la validez de otra orden completa; (iii) *normas remisivas*, tienen por función la vinculación con otra u otras normas del ordenamiento; (iv) *normas instrumentales*, tienen por función ordenar los medios para la consecución de los fines; (v) normas *programáticas*, que tienen por función el acotar los fines jurídicos a conseguir, sin considerar los medios o dejando la libertad en su elección ⁶³; (vi) las *normas de optimización* (los principios), que tienen como función la ‘optimización’ de la realidad jurídicamente acotada según las posibilidades ⁶⁴.

Vista la tipología compartida por la mayor parte de la doctrina, con sus respectivos matices y objeciones, es momento de preguntarnos: ¿cómo responde el análisis de la ARE ante el hecho de la pluralidad normativa?, ¿Qué tipología se puede dibujar? En primer lugar, el análisis de la ARE viene a coincidir con buena parte de las afirmaciones doctrinales mencionadas. Un dato más que nos anima en nuestro movimiento analítico que se pretende atenido a los hechos. Ahora bien, ¿acaso no hay una contradicción entre la afirmación de la

⁵⁹ Cf. F. NAVARRO AZNAR, *Pluralidad normativa. Normas y principios*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), Manual de Teoría del Derecho, 141-142.

⁶⁰ Cf. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Autoridad-Competencia*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), El derecho y la justicia, 117-130.

⁶¹ Cf. F. NAVARRO AZNAR, *Pluralidad normativa. Normas y principios*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), Manual de Teoría del Derecho, 144; M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel, 1996) 46 n.1.

⁶² Cf. H. SPECTOR, *Definiciones jurídicas*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), El derecho y la justicia, 285-291; 285.

⁶³ Cf. F. NAVARRO AZNAR, *Pluralidad normativa. Normas y principios*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), Manual de Teoría del Derecho, 144.

⁶⁴ La consideración de los principios como normas es propia de los partidarios de la denominada *tesis de la demarcación débil*. Enfrente se encuentra la tesis de la demarcación fuerte (Dworkin) que mantiene la diferencia entre principios y normas. Los principios, a diferencia de las normas, no vinculan rígidamente la consecuencia a la condición, sino que desde su diverso peso e importancia en el sistema jurídico, se convierten en criterios flexibles de razonabilidad para la acción.

norma con su estructura tridimensional, y, por otra parte, la afirmación de pretendidas normas que carecen del vínculo debitorio o de la consecuencia vinculada (sanción)? A ello hay que responder afirmando que no hay contradicción sino que, por el contrario, la pluralidad normativa es expresión de la riqueza de la unidad en la diversidad del dinamismo de realización humana.

Creemos que la tipología pretendida a continuación desde el análisis de la ARE puede ayudar a aclarar lo que afirmamos. Entre los distintos tipos de normas se diferencian: A) *Normas jurídicas completas*. Por tales entendemos aquellas que se articulan según los tres momentos de la *afirmación debitoria de realización*, que a su vez corresponden a los momentos del dinamismo de la ARE. Constan por tanto de: (i) un primer momento acotador de la esfera de la realidad que se hace bien jurídico; (ii) un segundo momento debitorio de una acción de realización concreta; (iii) y un tercer momento como imposición de sanción de realización⁶⁵. En este tipo de normas completas se enmarca el Derecho en cuanto ordenamiento jurídico como sistema⁶⁶. El Derecho es la primera norma completa. B) *Normas de acotamiento de realidad jurídica*. Este tipo de normas se caracteriza porque afirma con autonomía respectiva el momento de acotación de la realidad que se entiende como bien jurídico (realidad jurídica). La autonomía de este tipo de normas es respectiva de los otros momentos (debitorio e impositivo). Si carece de dichos elementos en su articulación concreta puede seguir siendo considerada como norma por referencia al sistema jurídico en su conjunto; al Derecho, que sí es norma completa. Entre ellas cabe mencionar: *normas constitutivas*; que *confieren poderes*; *regulativas del ejercicio del poder normativo*, *declarativas* o *explicativas* (las definiciones), *restrictivas*, *remisivas*, *instrumentales*, *programáticas*, de *optimización* (los principios). En el caso particular de los principios, no sólo se les reclama como normas sino que se convierten en normas fundamentales como la misma vida del Derecho⁶⁷. C) *Normas debitorias*. Son aquellas normas que afirman la autonomía respectiva de su momento estructural debitorio. La formulación de este tipo de normas hace explícito el acotamiento de la realidad jurídica o lo presupone en el Derecho cuando expresan el carácter debitorio de una acción debida. Entre ellas se encuentran las *normas de conducta: órdenes, prohibiciones*. D) *Normas impositivas*. Son aquellas que afirman la autonomía respectiva de su momento estructural impositivo de la sanción. Al igual que ocurre con los tipos anteriores, las formulaciones de normas impositivas hacen explícito, o lo presuponen en el Derecho, tanto el aco-

⁶⁵ La sanción en sentido zubiriano abarca todo el dinamismo de la ARE, tanto en su sentido positivo de promoción como en su sentido negativo de degeneración.

⁶⁶ Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 203-204; 205; F. J. ANSUÁTEGUI, *El derecho como norma*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 164.

⁶⁷ Cf. J. R. MANERO, *Principios jurídicos*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 149-157; Cf. F. J. ANSUÁTEGUI, *El derecho como norma*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 166-172; 172.

tamiento de la realidad jurídica como su carácter debitorio. Entre ellas se pueden colocar las normas sancionadoras, administrativas, penales, etc.

2.3. Caracteres de la norma jurídica

¿Qué características tienen las normas jurídicas? A esta pregunta, la doctrina ha respondido afirmando la coincidencia en algunas que se juzgan fundamentales. Así, por ejemplo, para A. Fernández-Galiano los caracteres de la norma son su generalidad, inviolabilidad, alteridad, imperatividad y coercibilidad⁶⁸; para J. Finnis son *definición, claridad, especificidad, y predicción*.

Desde la ARE se pueden reorganizar los caracteres de la norma atendiendo a los momentos del dinamismo. De este modo, nos encontramos que: respecto al momento verdad, la norma o ley ha de ser *pública, específica y coherente*; respecto al momento amor la norma ha de ser *clara, imparcial y legitimada*; en tercer lugar, atendiendo al momento libertad, la norma ha de ser *imperativa, posible y estable*. La publicidad significa la promulgación de la misma en orden a ser conocida por todos los ciudadanos. La comunidad necesita que todos sus miembros sean conscientes de la parte del dinamismo de la justicia que ella misma ha decidido positivar como primera condición para su cumplimiento. La especificidad de la norma hace referencia a la centración y fijación en contenido del hecho moral regulado, marginando lo que aparece como accesorio para el caso. La coherencia, como ausencia de contradicción de la norma, lo es internamente respecto a su propia articulación, y externamente en lo que afecta a otras normas y a la realidad. También la norma debe mostrar la belleza de la claridad en su formulación. Debe arrojar luz antes que ambigüedad en el cuerpo de su articulación. La imparcialidad encarna el momento de igualdad en el reconocimiento del otro. En la imparcialidad, el respeto surge como la eliminación de la acepción de personas por condición o posición social⁶⁹. La legitimidad de la norma la atiene a la moralidad de la justicia. Ésta le otorga la justificación última. Sin el contenido de justicia la norma se ‘desnaturaliza’ como Derecho. Finalmente, la imperatividad normativa viene del ‘no tener más remedio que’. Es el poder de lo real el que justifica la fuerza del mandato de la norma que ordena conductas directamente, o bien en forma declarativa, permisiva o derogatoria⁷⁰. La posibilidad de la norma significa que es para la opción entre posibilidades posibilitantes reales. Y la norma tiene el carácter de estabilidad en cuanto firmeza en la praxis de la misma. De este modo, el camino abierto por la ley para el decurso del ser humano en su realización es una riqueza en la madurez jurídica comunitaria,

⁶⁸ A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 371ss.

⁶⁹ A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 372-74.

⁷⁰ *Ibid.*, 374-378.

la cual debe sopesarse ‘inteligentemente’ antes de ponerla en peligro por cambios legislativos frecuentes sin el suficiente análisis y verificación.

3. LA POSITIVACIÓN DE LA JUSTICIA

La justicia ha quedado definida como *la institucionalización comunitaria del dinamismo producción y reproducción de la vida*. En el análisis de la AR hemos visto que los derechos humanos, como Derecho, son positivación en tanto formulación de norma jurídica, pero no de la voluntad de muerte, sino de la voluntad de vida. San Agustín decía que si eliminamos la justicia de la comunidad los reinos quedan reducidos a una banda de criminales ⁷¹.

En la doctrina no hay acuerdo en referencia a la realidad de lo que sea la justicia, ni respecto a su contenido o finalidad. Tampoco lo hay en referencia a la vinculación que ésta tenga con los DH. A la justicia (*dike*, griego) (*iustitia*, latino) [Cap. III. § 5.B.(4)(1)] en la historia del pensamiento jurídico se le ha entendido de múltiples formas: virtud religiosa, medio entre los extremos, el criterio de la clase dominante, el resultado de un proceder racional equitativo, un ideal irracional, el fruto histórico del respecto a los derechos fundamentales ⁷², valor jurídico fundamental ⁷³, etc. Si autores como Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, T. Hobbes, J. J. Rousseau, I. Kant, G.W.F. Hegel, K. Marx, H. Kelsen, A. Ross, R. Nozick y J. Rawls, por citar sólo algunos de los más representativos, a lo largo de más de 2.500 años no han conseguido ponerse de acuerdo en lo que sea la justicia, ¿no es acaso una mera ilusión esperar una respuesta válida?; y si no tiene sentido esperar respuesta a lo que sea la justicia: ¿se puede pretender decir algo de los derechos humanos con relación a la justicia que tenga sentido?

Ahora bien, la perplejidad de la pluralidad y diversidad de opiniones sobre lo que puede ser la justicia no es un argumento contra la realidad de la justicia, en el caso de que ésta la tenga, sino que son simplemente diversos enfoques más o menos ajustados a la realidad de la misma. La pregunta debida es preguntarse por si tiene la justicia realidad: ¿qué es la justicia en realidad?, una cuestión que presupone otra anterior: ¿Qué es el hombre? En la medida que los análisis se ajusten a la realidad la coincidencia se presume mayor. En concreto, en nuestra propuesta, como ya hemos visto, la justicia se afirma como un momento moral del dinamismo de la AR, y allí nos remitimos [Cap. III. § 5.B.(4)(1)]. Lo que ahora nos interesa es ver la relación de la justicia con los derechos humanos como positivación de norma jurídica.

⁷¹ G. THOMAS, *Introduction to Political Philosophy* (London: Duckworth, 2000) 103-132; 103.

⁷² Cf. C. S. NINO, *Justicia*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 467-479; 467.

⁷³ Cf. A. E. PEREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 213.

3.1. *Ámbito de la Justicia y de los derechos humanos*

En primer lugar, la positivación de los DH se afirma como positivación de parte del momento *moral* de la justicia ⁷⁴. En este momento no entramos en la discusión teórica respecto a la relación entre la Moral y el Derecho ⁷⁵. En tanto que el Derecho es positivación de la justicia, y ésta es momento moral de la AR, se concluye que el Derecho es dinamismo intrínsecamente moral ⁷⁶.

Lo que ahora nos interesa es determinar el ámbito de justicia del Derecho ⁷⁷. No todo el ámbito moral de la justicia es positivado por la comunidad. La justicia del Derecho es una parte acotada del dinamismo de la justicia que se prepara para hacerse autonomamente autoexigible, bajo sanción jurídica, para los administradores de la autoridad y para los ciudadanos en general. La relación entre el ámbito del Derecho y el ámbito de la justicia es de la parte al todo. El ámbito moral siempre es más extenso que el ámbito del Derecho; la justicia es el dinamismo de toda la comunidad en todas sus expresiones; por el contrario, el Derecho establece los límites allí donde los tiene la norma positivada. Atendiendo a los modelos considerados por el Profesor A-E. Pérez Luño ⁷⁸ en la relación entre Derecho, Moral y Política: (i) separación radical, (ii) separación relativa, (iii) integración absoluta, (iv) integración relativa, esta obra defiende el modelo de *integración absoluta* como más atenido a los hechos. Pero con una salvedad, los círculos concéntricos M(Moral)-D(Dere-

⁷⁴ El Derecho es para la Moralidad, y la Moralidad justifica el Derecho. También para Carlos S. Nino los derechos fundamentales derivan de la combinación de tres principios: el principio de inviolabilidad de la persona, el principio de autonomía de la persona y el principio de la dignidad de la persona. El primero prohíbe imponer sacrificios a un individuo solo en razón de que beneficia a otros individuos; el segundo asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia; el tercero prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tiene control (C. S. NINO, *o. c.*, p. 46). Carlos S. Nino cree que se puede hablar de 'principios morales'. Como rasgos distintivos de los mismos menciona: a) la validez o aceptabilidad es la que da ocasión a su existencia antes que el reconocimiento efectivo o la aceptación real por ciertos individuos. No son principios de moral positiva sino de una moral crítica o ideal que pueden tener vigencia o no en determinados ámbitos; b) los principios morales funcionan como justificación final de conductas. No hay otros principios que prevalezcan sobre ellos; y c) los principios morales pueden valorar cualquier conducta privada o pública (p. 20). Cf. C. S. NINO, *o. c.*, 11-48.

⁷⁵ Como señala el Profesor A. E. Pérez Luño, «La historia de la filosofía práctica ha consistido básicamente en una especie de flujo y reflujo en la que se han sucedido intentos centrífugos (analíticos, conceptualistas o metodológicos) dirigidos a establecer demarcaciones claras y precisas entre el derecho, la moral y la política, y empeños centripetos (historicistas y vitalistas) tendentes a recobrar la unidad radical originaria del *ethos* y la consiguiente interdependencia de los sectores normativos que lo integran», cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 108; 105-131; cf. E. FERNÁNDEZ, *Moral y Derecho*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 66-82.

⁷⁶ E. FERNÁNDEZ, *Moral y Derecho*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 68.

⁷⁷ Derecho y derechos humanos son tratados como conceptos intercambiables.

⁷⁸ Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 132-143.

cho)-P(Política) deben ser reorganizados en M-P-D. Por integración absoluta no se quiere «la postura realizada por aquellos ordenamientos jurídicos inspirados en planteamientos fundamentalistas e integristas, tanto religiosos como políticos, o en los Estados confesionales»⁷⁹. Una cosa es la integración y otra la ‘confusión’. La Moral es el dinamismo ‘mundial’ de realidad más extenso; una parte del mismo es acotado como Política (el arte del gobierno de la comunidad); y el Derecho es la parte de la moral, que la comunidad, en su autogobierno, decide ‘distinguir’ (sin dejar de ser moral), positivizar y hacer obligatorio, mediante sanción jurídica, en orden a plenificar el dinamismo de la vida de la AR (plenificación de la producción y reproducción de la vida). En todo este proceso de la unidad en la diversidad; de la distinción en la integración, se mantiene la autonomía de la Moral y del Derecho⁸⁰.

Además, no es cuestión de asignar a la justicia moral el ámbito privado, y reservar el ámbito público para el Derecho, porque tanto la justicia como el Derecho son dinamismos de regulación de la persona y de la comunidad. La diferencia entre moral y derecho no se debe al sujeto moral (individual o colectivo; público o privado) sino a la extensión del acotamiento del ámbito moral para hacerlo vinculante bajo la coacción de la sanción jurídica.

3.2. *La Justicia de los derechos humanos*

Si se acepta que los DH son positivación del ámbito de la justicia, la pregunta que sigue es: ¿Qué teleología tiene los derechos humanos como norma jurídica? ¿Cuáles son los fines de los derechos humanos en cuanto Derecho de justicia? ¿Cuáles son las funciones que tienen los DH como Derecho de justicia?

La doctrina, una vez más, ha llegado a un pluralismo afirmativo respecto a la teleología y las funciones o fines del Derecho en general⁸¹. A los DH se les ha asignado como *télos* la realización (promoción) de la Justicia, y, además, la seguridad jurídica⁸², el bien común⁸³, la libertad, la igualdad, la dignidad, la tolerancia, el pluralismo. Otras funciones que se le suele asignar al Derecho, y que los DH por ser Derecho cumplirían son: (i) ser instrumentos válidos de resolución de conflictos; (ii) guías de comportamiento social; (iii) instrumen-

⁷⁹ E. FERNÁNDEZ, *Moral y Derecho*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 70.

⁸⁰ *Ibid.*, 75-76.

⁸¹ Cf. N. LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 457-465.

⁸² Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Seguridad Jurídica*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 481-490. Cf. C. MARTINEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Bien común y seguridad jurídica*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 241-247; Cf. G. PECES-BARBA, *Legitimidad de poder y justicia del Derecho*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 324-330.

⁸³ Cf. *Ibid.*, 237-241.

tos limitadores del daño social; (iv) asignadores de bienes y servicios; (v) legitimadores del poder ⁸⁴. Con frecuencia, a la Justicia se le ha dado una extensión comprensiva e integradora de todos los fines y funciones ⁸⁵. Desde el análisis de la ARE se afirma a la justicia como el momento omnicomprendivo, en cercanía conceptual con la línea doctrinal que la entiende como ‘síntesis de los valores de igualdad, libertad, seguridad y, en cierto sentido, de legitimidad’ ⁸⁶.

Coincidiendo en el análisis la ARE y la ARA, el dinamismo de la justicia es visto como la fuente y el fin del Derecho, el cual, siguiendo el pensamiento de Santo Tomás, queda determinado con relación a los requerimientos de ‘razonabilidad práctica’ (J. Finnis) o al dinamismo moral de la *acción de realidad*, que promueven el *bien común* (*koinon agathon*, griego; *utilitas communis*, latino) ⁸⁷. La comunidad, en el ejercicio de una elección libre de toda ella, se ordena a crear motivos legales concretos para poder cumplir con lo que de otro modo no sería sino requerimiento general de ‘razonabilidad práctica’ o ‘realización’ sin concreción ⁸⁸. Por ello, el sistema de Derecho positivo no es ‘auto-validante’, el criterio que realmente le da autoridad es su *realización* en la promoción (función promotora del Derecho) de las condiciones (mínimas para la ARA) máximas de realización de la justicia como bien común en la comunidad política ⁸⁹. En línea con la tradición, J. Finnis afirma que el acto positivo del Derecho o la ley, tanto judicial como legislativo, es un acto que debe ser guiado por los principios morales y las normas del bien común; que dichas normas morales son un asunto de ‘razonabilidad’ objetiva y no de capricho, convención o mera decisión; y que dichas normas morales justifican la propia institución del Derecho positivo, las principales instituciones, técnicas y modalidades dentro de la institución, y las principales instituciones reguladas y mantenidas por la ley (*v. gr.* gobierno, contrato, propiedad, matrimonio, responsabilidad penal, etc.) ⁹⁰.

⁸⁴ Cf. C. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Otras funciones del Derecho*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 253-255.

⁸⁵ Cf. C. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Noción y relaciones entre los fines del Derecho*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 205-223; 210.

⁸⁶ *Ibid.*, 213.

⁸⁷ J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, 130-140; En X. Zubiri, el dinamismo de la justicia desborda el ámbito de la razón, por ello puede darse aquel en todos aquellos momentos donde no se despliega la razón, en línea con la demanda de BRECHT, en *Political Theory* (1959) 394-395 [cita recogida en T. E. DAVITT, *Law as Means to End – Thomas Aquinas*, 90].

⁸⁸ C. COVELL, *The Defence of Natural Law*, 206.

⁸⁹ J. Finnis se aleja del análisis voluntarista de la obligación legal tanto de Hobbes como Locke y otros contractualistas. En vez de un acuerdo intersubjetivo creador de la autoridad, J. Finnis mantiene que la promesa que soporta el Derecho descansa en su capacidad contributiva a la realización del bien común. De este modo, es el bien común de la realización de sus miembros lo que da sentido al pacto o contrato social.

⁹⁰ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 290.

Los derechos, por tanto, han de interpretarse y aplicarse evitando 'el absurdo' o la *injusticia*. Es decir, que lo que podría en algunos casos parecer una obligación legal, resulta ser ciertamente ilegal, sin fuerza obligatoria, porque se muestra como claramente injusto; contrario al bien común. De este modo, el sistema legal no aceptará aquellas leyes que están afectadas por injusticia. Esto significa que en un sistema legal dado, la obligación legal presupone una obligación moral que hace inadmisibles que se pueda asumir obligaciones injustas, contrarias al bien común.

A pesar de que algunas corrientes de pensamiento jurídico, –J. Finnis menciona a las positivistas– proponen que la justicia no sea tratada en el ámbito legal, sino en otras disciplinas como la filosofía política o la ética, en opinión de J. Finnis, esto sería una limitación del ámbito real de la jurisprudencia. Las propuestas de ARE y ARA se declaran en contra de esta reducción, mostrando la contradicción de quienes lo pretenden defender (*v. gr.* el mismo ejercicio de muchos abogados positivistas se recurre una y otra vez a conceptos morales asentados en la justicia que pretenden rechazar)⁹¹. Las mismas obras de los positivistas están repletas de presunciones no discutidas tales como las características formales del orden legal que contribuyen a la 'razonabilidad práctica' de hacer, mantener y obedecer la ley. Características formales que no pueden eludir el dinamismo de justicia aunque dichos juristas se justifiquen afirmando los principios de justicia como principios de legalidad. Por tanto, la tradición y la misma literatura legal en –opinión de J. Finnis– lo que muestra es que los principios de la 'razonabilidad práctica' y sus requerimientos forman una unidad que puede ser subdividida en moral, política o jurisprudencia sólo con propósitos pedagógicos o expositivos. Por el contrario, el deseo de mantener una desvinculación es una falsificación de la realidad⁹².

Los DH han de aplicarse en la comunidad con arreglo a la justicia: al bien común. En este sentido cabe entender la afirmación de J. Finnis cuando dice que la Constitución ha de ser un juicio correcto (justo y aplicado justamente) y no sólo un consenso o un juicio democráticamente o

⁹¹ Los símbolos y conceptos de una civilización humana particular, la cual se ha hecho posible a sí misma entre otros muchos lugares en los tribunales y en las facultades de Derecho, están llenos de contenido moral. Para J. Finnis, cualquier jurisprudencia que aspire a ser algo más que una lexicografía de una cultura particular debe de intentar resolver el problema teórico de la definición y la formación de conceptos desde las consideraciones de los valores y los principios de la 'razonabilidad' práctica, los cuales son sujetos de la ética y de la filosofía práctica. Como se ha indicado, otra razón de J. Finnis para oponerse a la separación de la ley y la moral es la inconsistencia de quienes, como muchos abogados positivistas, abogan por la misma. Por todo ello, él se resiste a aceptar la propuesta de desviar a 'otras disciplinas' la cuestión de la obligación moral y de la ley injusta, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 358; cf. J. M. FINNIS, *What is the common good, and why does it concern the client's lawyer?*: *South Texas Law Review* 40 (1999) 41-53; 42: 53.

⁹² J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 359.

judicialmente aprobado ⁹³. Por tanto, si la comunidad usa su autoridad para aplicar estipulaciones contrarias al bien común, o contra principios básicos de la 'razonabilidad' práctica, aquellas estipulaciones carecen del *imperium* que podrían tener. Toda norma ejecutada con motivo de una ventaja partidista o sin justificación, excediéndose de la autoridad legalmente definida, o imponiendo cargas desiguales sobre los sujetos, u ordenando cosas que nunca deberían hacerse, simplemente fracasa en su intento de crear una obligación moral alguna ⁹⁴.

En particular, el ejercicio mismo de la autoridad de otro modo que en acuerdo con los DH y requerimientos debidos a la justicia, los modos y las formas debidas, es un abuso y es una injusticia ⁹⁵. En este sentido, J. Finnis entiende que puesto que la autoridad es derivada únicamente de las necesidades del bien común, el uso de la autoridad por el gobernante está radicalmente impregnado de injusticia si explota sus ocasiones y oportunidades para conseguir estipulaciones no en orden al bien común, sino para el bien de sus amigos, o para las ventajas de un determinado grupo, o para la maldad contra algún grupo de personas. Sin embargo, para J. Finnis, a pesar de ser esto cierto, él cree que conviene distinguir injusticia e impropia motivación. De hecho, la mayoría de los sistemas legales no permiten que el ejercicio de los poderes 'constitucionales' sea desafiado en razón de que su ejercicio fue impropriamente motivado; una ley impropriamente motivada puede ser, en su contenido, compatible con la justicia e incluso promover el bien común ⁹⁶.

La posibilidad debida de mostrar la desobediencia como un instrumento de reforma de leyes injustas es reconocida por J. Finnis ⁹⁷, y coherente con el análisis de la ARE. La desigualdad en la distribución de las cargas, los excesivos o injustamente motivados ejercicios de la autoridad, los dilemas de conciencia que encuentran los funcionarios de la administración al aplicar leyes injustas, la posibilidad de reemplazar un legislador injusto en orden a salvaguardar el bien común (incluso por medios prohibidos por las leyes), y las repercusiones que puede tener el desprecio de leyes justas sobre el bien común, todo ello hace admisible la desobediencia a dicha ley injusta ⁹⁸. En este punto, J. Finnis recoge la tradición de Platón ⁹⁹, Aristóteles, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás con respecto a la afirmación de que la ley injusta no es ley ¹⁰⁰. Sin

⁹³ J. FINNIS, *Natural Law and the Ethics of Discourse*, 66.

⁹⁴ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 359-360.

⁹⁵ *Ibid.*, 353.

⁹⁶ *Ibid.*, 352.

⁹⁷ *Ibid.*, 362.

⁹⁸ J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, 266-274.

⁹⁹ Cf. E. J. WEINRIB, *Obedience to the Law in Plato's Crito*: The American Journal of Jurisprudence 27 (1982) 85-108.

¹⁰⁰ T. E. DAVITT, *a. c.*, 69; cf. N. KRETZMANN, *Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas Court of Conscience*: The American Journal of Jurisprudence 33 (1988) 99-122.

embargo, siguiendo a Santo Tomás, precisa que aunque la ley injusta como ley defectiva ‘no es ley, sino corrupción de ley’, puede mantener el carácter de mandato de un superior a su subordinado y la obligación de aceptar dicho mandato en orden a respetar el sistema legal como un todo ¹⁰¹. Para J. Finnis la obligación de cumplimiento con una ley injusta se debe a las consecuencias de los efectos colaterales. En dicha situación, la obligación es cumplir con la ley, pero debería no ser tratada como una obligación legal en el sentido moral. El cumplimiento lo sería solamente en el deseo de no dejar el sistema ineficaz por culpa de una parte, como pueda ser una ley parcialmente injusta. En J. Finnis, pues, no hay un requerimiento para cumplir con leyes injustas sino un grado de cumplimiento necesario para evitar llevar al Derecho, como un todo, a su desprecio total. Como el grado de cumplimiento varía según el tiempo, el lugar y la circunstancia, en algunos casos el requerimiento moral de cumplimiento puede llegar a ser total como si la ley en cuestión hubiese sido justa ¹⁰². Este planteamiento de J. Finnis, de obediencia matizada a la ley injusta, es cuestionado desde la ARE, que asume la tradición de negar la obligatoriedad moral a la ley injusta. La ley injusta mantiene dos elementos propios a toda norma: es positivación, y es exigible por sanción legal, pero por perder la justicia queda deslegitimada; es corrupción de ley y el ser humano no sólo puede, sino que está obligado por el momento de la justicia a desobedecerla. Nada hay que ponga más en riesgo un Estado de Derecho que el apartamiento de la moralidad de la justicia en sus leyes bajo excusa de mantener la seguridad y el orden de los cementerios ¹⁰³.

3.3. *El contenido de Justicia de los derechos humanos*

¿Cuál es el contenido de los derechos humanos? ¿Son deberes su contenido? ¿Son derechos? ¿Que relación hay entre los derechos y los deberes humanos?

En primer lugar, respecto al contenido de los DH, la doctrina ha considerado, en mayor o menor grado de consenso, a la libertad, a la igualdad, y la dignidad de la persona como su contenido propio ¹⁰⁴. Ahora bien, ¿de dónde han salido esos principios?, ¿Por qué esos y no otros?, ¿Se atienen suficientemente a un análisis de los hechos? Si el análisis de la ARE es ajustado habría que decir que los principios (momentos de la ARE) admitidos por la doctrina: libertad y la igualdad (integrada en el amor) son contenido de la justicia, del bien común, de los derechos humanos. Pero falta un momento más: la verdad. Este momento, en respectividad a los otros dos, llena todo el contenido de justicia. La justicia dota de *legitimidad* a los DH, y estos tienen en ella su juicio.

¹⁰¹ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 365.

¹⁰² *Ibid.*, 361.

¹⁰³ Cf. G. THOMAS, *Introduction to Political Philosophy*, 188-189.

¹⁰⁴ Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 222-232.

La promoción en la comunidad de la *verdad-amor*¹⁰⁵-*libertad*¹⁰⁶ es el contenido de lo que llamamos dignidad humana¹⁰⁷, y que últimamente justifica el Derecho y los DH.

Tradicionalmente, los principios básicos normativos fundadores han sido los de libertad e igualdad¹⁰⁸, que presidieron la Declaración francesa de 1789. Su artículo 1 establecía que ‘los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos’. Aquí, la fraternidad se muestra como un deber más que como un derecho, por lo que quedan sólo como principios reguladores los derechos de libertad e igualdad¹⁰⁹.

Respecto al principio de libertad, con frecuencia ha sido defendido como principio básico de la moralidad, el derecho, la psicología y la ontología, en Platón y Aristóteles, los estoicos, San Agustín, Santo Tomás, Kant, Hegel y Bergson, Heidegger y Nicolás Hartmann, J. Raz, etc.¹¹⁰. La libertad en sentido *jurídico*, como poder reconocido por el Derecho en su regulación del orden de las relaciones de la comunidad¹¹¹, ciertamente afirma el momento del animal de realidades. Sin embargo, una libertad abstracta y escindida de los otros momentos del dinamismo de la *acción de realidad* presupone un sentido teleológico que extravía su realización. El principio de libertad tradicional se asienta, pues, en el momento de actualización del dinamismo de la ARE en voluntad tendente como *liberación, libertad para, y praxis ejecutiva* de la realización. Así entendida, la libertad es en orden al bien común, a través de las convenientes normas que presuponen una autoridad que las dicte y las mantenga. El ejercicio de la libertad requiere, de este modo, una serie de institu-

¹⁰⁵ Salvada la diferencia entre la ontología y la realidad que sostenemos en este análisis, es interesante y acordamos con la perspectiva señalada por A. López Moreno sobre el *ordo amoris* de San Agustín. La sociabilidad humana (la comunicación) surge, no sólo, pero especialmente en el *ordo amoris*. Cf. A. LÓPEZ MORENO, *Comunicación personal: La naturaleza social del hombre*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 67-85; 74; 75;77.

Ahora bien, si el logos es movimiento intelectual propio y no razón ni palabra, si la intelección y la voluntad no son facultades, y si el hombre no es sustancia, nos encontramos con que el hombre, como animal de realidades, tiene por contenido de su dignidad el dinamismo de la acción de la realidad de su vida: *verdad-amor-libertad*.

¹⁰⁶ El bien último y absoluto para Hegel es la realización de la libertad, cf. HEGEL, *Elements of Philosophy of Right*, § 4; 29; 30; 129; 142.

¹⁰⁷ Para A. López Moreno la dignidad es definida como ‘*norma de comportamiento y título de lo debido* que tiene su fundamento y su origen en la naturaleza humana y, por ello, es objetiva: es una dimensión objetiva que se funda en el estatuto ontológico del hombre’. Cf. A. LÓPEZ MORENO, *La dignidad y la libertad de la persona*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 51-63; 53.

¹⁰⁸ Cf. J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, 170-176; Cf. G. PECES-BARBA, *Legitimidad de poder y justicia del Derecho*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 331-345.

¹⁰⁹ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los Derechos del Hombre*, 75.

¹¹⁰ *Ibid.*, 77-78.

¹¹¹ Cf. G. DIETZE, *Right Rights*, 57-74.

ciones jurídicas comunitarias que hagan posible que ese momento de libertad pueda desenvolverse orientado a la promoción de la verdad y al amor (la igualdad). Es la libertad en la verdad y en el amor.

El principio de igualdad ha sido entendido como el reconocimiento de la dignidad humana común a todos los hombres ¹¹². Ahora bien, lo que el principio normativo de la igualdad afirma es la actualización del momento 'yo-tú' comunicante de la ARE como amor. Pero la igualdad (amor) es un momento de tres en la actualización de la realidad en sentimiento afectante. La igualdad como amor viene de la estética, y fluye hacia la justicia como el establecimiento del amor en el ámbito comunitario con sus instituciones. Por ello, así como el principio libertad necesita ser entendido en su extensión como liberación, libertad *para*, y praxis ejecutiva, también el principio de igualdad necesita ser entendido como *la estética del amor en la justicia*. También la igualdad *jurídica*, que se asienta en la naturaleza humana, es igualdad *concreta*. La igualdad *jurídica y social* que tiene viabilidad posible y está de acuerdo con la acción moral de realidad, con la justicia, y con el respeto debido a los derechos del hombre, es aquella que significa, ante la ley, garantía de los mismos derechos fundamentales civiles y políticos. La igualdad significa, también, la proporcionalidad en la participación de todos los grupos en los bienes de la comunidad (Messner). La igualdad lo es de todos los miembros de la sociedad en la participación decisoria, y en la administración de la comunidad en orden al bien común ¹¹³ como el reconocimiento, en la verdad y la libertad, del rostro, la palabra encarnada, y la praxis del tú en la comunidad. La noción de igualdad está en relación con el momento de realización de la justicia que pretende extender el dinamismo de la igualdad concreta a la comunidad histórica, y a sus instituciones. La justicia en su modalidad de justicia comunitaria, supone, entre otras cosas, exigir de cada uno lo que consientan sus medios y posibilidades de realización, y conceder a cada cual lo que corresponda a sus necesidades, y aportaciones de realización. Además, la realización de la igualdad es un dinamismo que tiene ámbito mundial, y la actividad de las Naciones Unidas en la lucha contra las llamadas *discriminaciones*, es prueba de ello. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en su artículo 2, afirma 'toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición'.

¹¹² Cf. *Ibid.*, 38-57; cf. L. FERRAJOLI, *Derechos fundamentales*: A. DE CABO-G. PISARELLO, (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001) 25; D. ZOLO, *Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los 'derechos fundamentales'*. *A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli*: A. DE CABO-G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 75-104; 90; cf. M. JORI, *Ferrajoli sobre los derechos*: A. DE CABO-G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 136-137.

¹¹³ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los Derechos del Hombre*, 80-84.

Ciertamente, los principios de libertad e igualdad participan como momentos del mismo dinamismo de realización (Ruiz del Castillo), sin embargo, no siempre resultó posible conciliar libertad e igualdad. Ideológicamente, la libertad ha sido el principio justificador del individualismo y el liberalismo, y la igualdad ha sido el principio justificador del socialismo. En sentido general, la libertad fue el motor de las luchas políticas de los siglos XVIII y XIX, y la igualdad en el siglo XX ¹¹⁴.

Además del dinamismo de libertad e igualdad, el análisis que venimos realizando de la *acción del animal de realidades* ofrece elementos para reclamar el momento de *verdad* como igualmente radical. Si la historia de la humanidad, hasta el momento presente, ha desarrollado la positivación del momento de libertad y del momento de igualdad, puede haber llegado el tiempo de la gran *revolución de la verdad* como profundización en el desarrollo de la positivación de sus derechos humanos de verdad, sin dejar, con ello, de hacer lo propio con la igualdad y libertad. Tal vez la verdad sea el motor de transformación del siglo XXI. Si primero se afirmó la defensa de la libertad para reconocer la condición de personas a millones de esclavos privados de los más elementales derechos 'individuales', y luego se afirmó la igualdad para liberar de la miseria a millones de proletarios, ahora quede afirmar *la verdad como forma de plenificar la igualitaria liberación del hombre*.

De este modo, la unidad ¹¹⁵ de los momentos verdad, igualdad (amor), libertad, como principios jurídicos reguladores de los DH, son el contenido del dinamismo de la justicia ¹¹⁶. *La justicia*, desde el punto de vista de nuestro análisis, es un momento de la actualización de la realidad 'yo-tu' comunicante en la comunidad histórica; es la realidad del amor actualizada en la comunidad histórica mundial. Su contenido es la promoción del amor (promoción de la realización humana en su unidad de verdad- amor-libertad) desde las instituciones a todo el ámbito de la comunidad mundial. Así, desde el punto de vista jurídico, es la finalidad propia y primaria del Derecho. Éste debe tener siempre por materia y fin la justicia. Dinamismo de justicia que armoniza los fines personales y comunitarios del Derecho desde el reconocimiento del valor absoluto de la realidad humana (dignidad humana). Es cierto que la justicia como momento del dinamismo de la realización no añade nada a la libertad y a la igualdad (G. Peces-Barba), sin embargo, la igualdad y libertad (y la verdad) son el contenido del dinamismo moral de la justicia que los encarna en la comunidad histórica llenándolos de significación. Completando

¹¹⁴ Cf. *Ibid.*, 85.

¹¹⁵ Como acertadamente señala A. E. Pérez Luño, « Pretender desgajar el proceso de positivación de los derechos humanos fundamentales del largo y laborioso esfuerzo de los hombres en la lucha por la afirmación de su dignidad, libertad e igualdad, como principios básicos de la convivencia política, es tanto como privar a dicho proceso de su significado», cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 131.

¹¹⁶ Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 222.

a J. Castán Tobeñas ¹¹⁷, libertad, igualdad ¹¹⁸ y verdad son los tres ejes fundamentales en torno a los que siempre se ha centrado, y seguramente se centrarán, las reivindicaciones de los derechos humanos como contenido de la dignidad humana.

Los DH, en su dinamismo jurídico de justicia (verdad, igualdad (amor) y libertad) no es sólo que se orienten al bien común, sino que es la realización del bien común ¹¹⁹. La ARA y la ARE, en línea con una doctrina especialmente formulada por Santo Tomás, orientan las acciones concretas del animal de realidades al *bien común* como el fin que centra la vida de la *sociedad civil* o comunidad política, y anima la actividad de su gobierno, dando sentido a la ley como instrumento de la acción del poder y del orden político. *Bien común* que aparece en Santo Tomás como un eje alrededor del cual se agrupan y resuelven todos los problemas de la vida política. El bien común consiste, pues, en hacer posible a los miembros de la sociedad, y por mediación de ésta, una existencia plenamente humana. En este sentido, los derechos humanos son el conjunto de normas jurídicas que promueven la acción de las personas reunidas en comunidad, conservando y procurando la felicidad. Felicidad de la sociedad política estatal, que desde las comunidades menores, ha de estar, a su vez, conjugada con el bien común de la Humanidad como *bonum universi*. Y como la doctrina del bien común persigue lo mismo que la noción de justicia, no puede haber oposición entre la justicia, el bien común y la felicidad, en el ámbito mundial. Le Fur ha advertido que el mismo bien común ha de procurar que el disfrute de los bienes sociales y humanos, en todas sus dimensiones materiales, morales y espirituales, sea compartido entre los miembros de la comunidad.

Los principios legitimadores de los derechos humanos no han quedado siempre formulados pacíficamente en la doctrina en cuanto derechos, deberes, o como derechos/deberes correlativos. «Aunque ambos conceptos debieran poseer la misma relevancia, sin embargo la mayoría de los tratadistas suelen concentrar más su atención en el análisis del fundamento y alcance del derecho subjetivo, descuidando, en cambio, el análisis en profundidad de la noción de deber jurídico» ¹²⁰ ¿Qué significa que son derechos? ¿Qué significa que son deberes? ¿Se identifican los deberes por las sanciones (Kelsen)? ¿Son los derechos y deberes dos caras de la misma realidad (Stanley Benn y Richard Peters) aunque la correlación del deber pueda serlo con el derecho de otro, o con mi propio derecho? ¿Son los derechos fundamento de deberes que

¹¹⁷ J. CASTÁN TOBEÑAS, *o. c.*, 90.

¹¹⁸ Cf. PÉREZ LUÑO, *Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos*, en MUGUERZA, (et al), *El fundamento...*, 280-281; cf. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, 176-180.

¹¹⁹ Cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 235-243.

¹²⁰ *Ibid.*, 62; Cf. J. M. SAUCA, *Los conceptos jurídicos fundamentales: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), Curso de Teoría del Derecho*, 266-272.

el pensamiento práctico asienta en los intereses de otros seres respecto al bien común? ¹²¹ ¿Son pretensiones? ¿Son facultades? ¹²²

Ante esta pluralidad de interrogantes, desde el análisis de la ARE que profundiza el planteamiento de la ARA, si nos atenemos al movimiento y a la marcha del momento de voluntad tendente en su actualización como libertad, esto es, a las tendencias obligantes, a la opción y a la ejecución, y siempre después de que la justicia ha sido positivada como norma, resulta que el derecho (y el derecho humano en particular) muestra siempre el carácter bidireccional de la comunicación en el ámbito del yo-tú, y en el ámbito del 'nosotros histórico mundanal'. En primer lugar, *es el deber de optar la ejecución de una acción*, y en segundo lugar, *es el ser debido la optada ejecución de una acción*. De esta forma, la ARE, que se concreta en las acciones, implica que 'mi' manojito de derechos humanos positivos es algo más que facultades, o posibilidades abstractas, e indiferentes al capricho de la ejecución de la voluntad. *Son auténticos deberes debidos a los demás o a mí mismo, o debidos por los demás para mí o para ellos mismos*. Y como la voluntad está en respectividad con el amor y la verdad en la ARE (más que voluntad racional) es posible afirmar, por ejemplo, que los niños y los enfermos tienen derechos. Derechos, entre otras cosas, a ser amados, atendidos y alimentados como promoción de nuestra realidad que siempre es comunicativa. Una comunicación, que como hemos visto, es más radical que la palabra porque es comunidad de realidad respectiva mundanal. En definitiva, los derechos humanos son derechos-deberes que promueven a la persona (relación yo-tú) y a la comunidad (relación yo-tú en el nosotros) en su acción de realidad. La acción de promoción puede ser activa (hacer), y pasiva (no hacer) con respecto al propio sujeto. Y como demanda (hacer) u abstención (no hacer) del 'tú' o el 'nosotros' comunitario ¹²³. De manera que la obligación del deber en general, y del jurídico en particular, es en 'última instancia una obligación moral' ¹²⁴ que se ordena a procurar plenificar la vida humana.

¹²¹ J. RAZ, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1989) 176; 180. Cf. J. C. BAYÓN, *Deber jurídico*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 313-329; 322.

¹²² Ver: J. M. SAUCA, *Los conceptos jurídicos fundamentales*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 277-284.

¹²³ Cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 67.

¹²⁴ *Ibid.*, 65.