



CAPÍTULO SEXTO. LA COMUNIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS	299
1. El sujeto de los Derechos Humanos	299
2. El autor de los Derechos Humanos	302
3. Institución comunitaria de los Derechos Humanos	305
4. Dinamismo histórico de positivación de los Derechos Humanos en la comunidad	309
5. La autoridad de los Derechos Humanos	312

CAPÍTULO SEXTO

LA COMUNIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si hasta el momento hemos afirmado que los DH son positivación de la justicia, en el capítulo sexto la reversión es afirmando los derechos humanos como derechos de la persona, y de la comunidad que los positiviza. Derechos que son fruto del mismo dinamismo histórico comunitario, y que se encuentran investidos de la autoridad que otorga el poder de realización.

1. EL SUJETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Quién es el sujeto de los DH? La respuesta habitual en la doctrina es afirmar que el sujeto de los DH es la persona. ¿Es pacífica esta afirmación en la doctrina? ¿Qué se entiende por sujeto?, ¿Qué se entiende por persona? ¿Qué es un derecho subjetivo?

Antes de ver lo que se entiende por persona conviene aclarar el término sujeto. Siguiendo a R. Tamayo, diremos que los significados habituales del término sujeto (*subiectum*) son tres: a) entidad de la que se afirma algo (tradicción clásica-medieval-renacentista y racionalista; b) ente substancial agente del conocimiento y de la acción (tradicción de Descartes-Kant-Gentile-Husserl); c) ser humano (en el lenguaje ordinario) ¹.

El término ‘persona’ (*prosôphon* griego- *personare*; *dramatis personae* latino) es entendido en el mundo romano antiguo como máscara que resuena, reverbera; papel que se representa en la obra teatral. En el mundo griego *prosôphon* no es lo mismo que *anthrôpos* (hombre), y en el mundo romano *homo* (hombre) no es lo mismo que *dramatis personae*. Desde esta diferencia, la *persona iuris* no es el hombre, sino el *status* (capacidad) en cuanto conjunto de derechos, obligaciones y facultades de la persona como personaje actuante (Kelsen). Esta *persona iuris* puede ser individual, colectiva, real o

¹ Cf. R. TAMAYO Y SALMORÁN, *El sujeto del Derecho*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 294-295.

imaginaria (*emptor, locator, tutor, fiscus, herentia, populus, piaae causae, etc.*). El cristianismo utilizó el término 'persona' para intentar exponer el misterio trinitario, y con ello se le dio un nuevo contenido filosófico. La persona será entendida ahora como 'sujeto racional, parte divino, parte humano'. Esta trascendentalidad de la persona, que se acepta como 'naturae rationalis individua substantia' (Boecio) es acogida por la tradición del Derecho natural. A juicio de R. Tamayo, lo que el Dn hace es un contubernio que termina en una hipóstasis trinitaria. En primer lugar, el Dn, al afirmar que las personas jurídicas son sujetos de derecho, identifica sujeto (que queda fuera del ámbito jurídico) y persona jurídica, cayendo en una 'esquizofrenia jurídica'. Del contubernio se pasa a la hipóstasis cuando el sujeto del derecho se identifica con 'ser humano' dotado de voluntad. El resultado es la afirmación ideológica del '*hombre*' como *detentador de 'derechos subjetivo'*².

Ahora bien, desde el análisis de la ARE llegamos a la afirmación de que *el hombre es animal de realidades*. Se identificó animal de realidades y persona. Y persona, esto es, el animal de realidades, es un dinamismo común de la *personeidad* y la *personalidad*³. La *personeidad* se mantiene constante en el dinamismo de realización; las dimensiones de *verdad-amor-libertad* no desaparecen a menos que muera el hombre. La *personalidad* sí cambia. Es la figura histórica mundanal en la que se vive la *personeidad*. Un dinamismo de realidad que —recordamos— no es sustancia sino substantividad que se realiza en posesión de sí. Y no puede haber *personalidad* sin *personeidad*⁴. Se puede objetar: ¿no hay acaso *personalidades* jurídicas colectivas o ficticias? ¿cuál es su *personeidad*? Pues bien, la objeción desaparece si entendemos al hombre correctamente desde el análisis de la ARE. El hombre es persona en cuanto comunicación 'yo-tú', pero es persona en comunicación a su vez con el nosotros mundanal histórico. De manera que la persona humana tiene una *personeidad* que es, no sólo el diálogo de realización de dos términos en unidad, sino el diálogo de esos dos términos en la unidad comunitaria. Del mismo modo, la *personalidad* adquiere dimensiones institucionales comunitarias mundanales.

Respecto a lo que se entiende por derecho subjetivo, la doctrina oscila entre afirmarlo como poder o facultad (momento volitivo), propio de las teorías de la *voluntad*; las teorías del *interés* vienen a entender que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos; y la misma eliminación conceptual del derecho subjetivo se encuentra en el realismo jurídico

² Cf. R. TAMAYO Y SALMORÁN, *El sujeto del Derecho*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 293-310; 303. Cf. A. LÓPEZ MORENO, *La persona*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 39-50.

³ Cf. I. PEIDRO PASTOR, *Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personeidad y personalidad de Zubiri*: *Anuario de Filosofía del Derecho - Nueva etapa* 4 (1987) 523-537.

⁴ 'El otro representa, pues, la primera y más perfecta meta de realización de nuestro conocer, querer y proceder' cf. A. LÓPEZ MORENO, *La persona*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 39-50; 39.

escandinavo (v. gr. A. Ross), donde el derecho subjetivo queda reducido a mera técnica o instrumento de representación de las directivas de conducta, que unifica y clarifica la correspondencia entre los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas⁵. Entre algunos de los representantes de la afirmación de los derechos subjetivos como *poder* cabe mencionar a Windscheid ('un poder de voluntad o una dominación de voluntad conferida por el orden jurídico'), Kelsen ('El derecho subjetivo en sentido específico es el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente'). Como propuestas que pueden enmarcarse dentro de las teorías del *interés* cabe citar a Ihering. Y como expresión de posturas intermedias se encuentran Jellinek, Enneccerus/Nipperdey. Se admite que los derechos subjetivos son poder de la voluntad, pero dirigido a la protección de un bien reconocido por el ordenamiento. De esta perspectiva participa también la teoría del *beneficiario*, en el ámbito anglosajón. Para J. Raz, por ejemplo, los derechos subjetivos son el fundamento de los deberes en tanto que fundamentan los deberes en los intereses de otras personas⁶. Otros autores que pueden ser enmarcados en esta concepción de los derechos subjetivos que consideran la presencia de un beneficio, interés o un bien, aparte del poder de la voluntad, son MacCormick, F. Laporta⁷ y C. S. Nino⁸. Pero, como señala J. R. Páramo, parece que la práctica muestra que 'El intento de construir y analizar un concepto de los *derechos* que sea ajeno a la teoría moral y política que desa-

⁵ J. R. DE PÁRAMO, *Derecho subjetivo*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), El derecho y la justicia, 367-387; 371.

⁶ *Ibid.*, 380.

⁷ J. R. DE PÁRAMO, *Derecho subjetivo*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), El derecho y la justicia, 382-83. Cf. L. FERRAJOLI, *Derechos fundamentales*: A. DE CABO-G. PISARELLO (eds.), Los fundamentos de los derechos fundamentales, 19-56; 19; cf. R. GUASTINI, *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*: A. DE CABO-G. PISARELLO (eds.), Los fundamentos de los derechos fundamentales, 57-62.

⁸ El estatus normativo de los derechos humanos para Carlos Nino lleva a la cuestión del surgimiento de los derechos subjetivos. Él sistematiza, siguiendo las distinciones de Hohfeld, Kelsen y von Wright, los derechos subjetivos: a) como ausencia de prohibición; b) como derecho de permisión directa; c) como correlato de obligaciones activas o pasivas de otros; d) como demanda; e) como inmunidad (p. 25ss). De entre todos, Carlos Nino destaca el significado de derecho subjetivo como correlato de obligaciones pasivas o activas de otros. En este sentido, los deberes no serían el elemento primitivo de una teoría moral sino que estarían en función de ciertos derechos, especialmente cuando son deberes *hacia otros*. Los deberes son, de este modo, necesarios para proteger o materializar derechos correlativos. Modificando la propuesta hecha por MacCormick respecto a la caracterización de los derechos morales, Carlos Nino caracteriza el derecho subjetivo moral: "Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso" (p. 40). En esta definición de derecho subjetivo ofrecida por Nino se indica que la teoría de los derechos individuales implica principios acerca del bien de los individuos y de la distribución de ese bien. Así, los derechos humanos versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares, y todos los hombres poseen un título igual a esos derechos. Los principios fundamentales de los que derivan los derechos humanos son principios

rolla esas valoraciones prioritarias está condenado al fracaso' ⁹. Desde la ARE se coincide en esta línea interpretativa de conciliar la afirmación del poder de la voluntad y del interés, así como de la respectividad entre los derechos y los deberes. El poder es poder de realización. Su origen lo tiene en la imposición de la realidad, y, por otra parte, el interés lo es de la realización. De manera que la dimensión 'subjetiva' del derecho queda vinculada con una dimensión 'objetiva' del mismo en una sola dimensión de realidad unida por un 'deber' de realización. Por ello, *el derecho subjetivo es un poder para un deber de optar por un hacer o no hacer; o un poder para un deber de ser optado por un hacer o no hacer en orden a la realización.*

2. EL AUTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Quién es el autor de la positivación de los derechos humanos? Esta pregunta no es nueva, y la moralidad comunitaria de la misma acción humana bien puede ser el origen del interrogante buscado. Tal vez esta insinuación pueda sorprender, pero si entendemos los derechos humanos como la correlación derechos-deberes, incluso admitiendo que la conciencia de derecho humano subjetivo no aparezca hasta su incorporación en las Constituciones modernas, lo cierto es que, como acepta la mayoría de la doctrina, el correlato de los derechos-deberes humanos, en tanto derechos debidos formulados como prohibición, está positivado en numerosos códigos de la Antigüedad.

En el camino de la Humanidad, la pregunta por el autor de los DH parece ser como la pregunta por la localización de la felicidad. Haciendo un esquematismo irónico de los diversos movimientos históricos de búsqueda: A) En una primera etapa infantil, que se extiende hasta la Ilustración, para el adorador religioso antiguo e ignorante, desde la heteronomía de su religión que niega su cuerpo físico, el autor es *Dios* (v. gr. Decálogo). B) En una segunda etapa madura, para el individuo autónomo inteligente ilustrado que afirma su mente, el autor es la *razón* (v. gr. Declaraciones ilustradas de derechos individuales). C) Para el ciudadano trabajador explotado del siglo XIX y XX, que afirma la sensibilidad de su corazón, el autor es la *sociedad* (v. gr. Declaracio-

.....
 categóricos, en el sentido de que no condicionan la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica. Son principios *erga omnes* que se aplican a todos y a todo (p. 45). El que de hecho sólo ciertos individuos o entidades puedan gozar o ejercitar los derechos generados por estos principios es mera cuestión de facto. No debe confundirse la titularidad de un derecho con el ejercicio efectivo del mismo. La personalidad moral en que se asienta la realidad de los derechos humanos tiene que ver con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos, y no tanto con el hecho de ser titular de derechos fundamentales, cf. C. S. NINO, *o. c.*, 11-48. En esta línea se expresa J. Rodríguez-Toubes. Él ofrece la siguiente definición de derecho subjetivo "un sujeto tiene derecho a x cuando tiene interés en x o en la libertad respecto a x, y hay razones para sostener que otra u otras personas están sujetas a un deber de satisfacer ese interés y que el cumplimiento de dicho interés es exigible", cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, *o. c.*, 46.

⁹ Ibid., 387.

nes de derechos políticos, económicos y culturales). D) Y hasta la Segunda Guerra Mundial, para el ciudadano siervo obediente que afirma la fuerza de su puño, el autor es el *poder* (v. gr. normativismo y positivismo jurídico). Desde la segunda mitad del siglo XX parece que la marcha histórica descendente había invertido su curso. La infelicidad causada por el terror de la fuerza del puño había llevado a muchos a tomar abrigo nuevamente en la sensibilidad del corazón y la razón. Las líneas predominantes eran (y todavía son) la afirmación de la sensibilidad como: (i) comunidad de comunicación; (ii) comunitarista, (iii) y constructivista ¹⁰. Sin embargo, desde 1989, y especial-

¹⁰ Como señala C. S. Nino, el comunitarismo de Charles Taylor, en crítica al liberalismo kantiano, cree que la moralidad se realiza en comunidad. Los individuos en su moralidad están parcialmente determinados por su pertenencia a cierta comunidad (pp. 130-131). En este sentido, MICHAEL SANDEL, en su obra *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge: University Press, 1998²), critica el "liberalismo deontológico", y cuestiona la concepción metaética que afirma que los principios de justicia son derivados independientemente sin acudir a la idea de que satisfacen algún fin, o interés individual o social. Por ello, para Sandel, Rawls no supera la doctrina kantiana de un yo al margen de los deseos e intereses de la comunidad. Sandel propone una concepción intersubjetiva del sujeto, de modo que la idea de bienes presuponga un sujeto común, más allá del yo deontológico vacío de una justicia explicativa de la experiencia moral de nuestros compromisos prácticos (pp. 131-135). Otro comunitarista como Alasdair MacIntyre, en su artículo *Is Patriotism a Virtue?*, propone que las reglas morales se aprenden en un determinado medio social; que este medio les da su contenido; que los bienes a los cuales las normas están referidas lo están a su vez con una cierta vida social; que fuera de la comunidad determinada no existe razón para la moralidad de los individuos puesto que carecerían de la fuerza para ser morales que les da el apoyo del medio ambiente social. Es el entorno de una determinada comunidad la que permite el florecimiento de una persona moral. La historia de la vida del sujeto está incluida en la historia de la comunidad de la cual obtiene su identidad. Por ello, para MacIntyre las tradiciones de nuestra comunidad son esenciales para definir lo que es bueno en nuestra vida (pp. 135-138). Michael Walzer, en *Philosophy and Democracy*, afirma la vinculación a una comunidad determinada como una precondition necesaria en la toma de decisiones políticas. Antes que la apelación a derechos derivados de especulaciones acerca de un hombre abstracto en condiciones ideales, la moral apela a bienes básicos cuyo significado y alcance queda definido en cada comunidad determinada (p. 138). En esta crítica se une Bernard Williams en su *Ethics and the Limits of Philosophy*. Para él, el conocimiento ético será posible mediante el uso de "conceptos densos" como son el coraje, la traición, la crueldad, etc., que se constituyen en la mediación entre lo fáctico y lo evaluativo. Pero para dominar estos conceptos es necesario compartir los valores e intereses de la cultura y las prácticas de la comunidad determinada en la que se vive (p. 140). En el mismo sentir se expresa Stuart Hampshire en *Morality and Conflict*, aunque éste no descarta el sistema universalista kantiano como justificación de la acción (p. 141). Así pues, en el comunitarismo, la comunidad relativiza la universalidad de los principios morales: en MacIntyre, los bienes que definen las virtudes morales son intrínsecos a cada comunidad en particular; en Walzer, la moralidad está basada en algunos bienes cuyo significado y alcance están definidos por cada comunidad; en Rorty, se afirma que la moralidad ha de concebirse como el interés de una comunidad históricamente condicionada; en Hampshire, se mantiene que la moralidad universal debe competir con una particularista, asentada en las tradiciones, convenciones e instituciones de una sociedad; y para Sandel la justicia no tiene prioridad respecto de otros valores sociales o concepciones de lo bueno. De esta forma, la justicia acaba como subsidiaria de otras virtudes sociales. Ahora bien, si el comunitarismo se levanta en crítica al liberalismo kantiano, también aquel ha sido cuestionado. Carlos S. Nino recoge algunas de las principales críticas hechas en las últimas décadas del siglo veinte al particularismo comunitarista: en

mente después del 11-S de 2001, parece retornarse al viejo paradigma. En un contexto globalizado, se regresa a la fuerza del puño y la bota, y se ejerce sobre los *homo sacer* que se concentran en la comunidad del campo.

Si la doctrina predominante parece considerar a la comunidad como el autor de los derechos humanos, cabe preguntarse ¿Qué es la comunidad? ¿Una cultura común? ¿La suma de individuos? ¿El contenido de un contrato? ¿Intereses compartidos? ¿Una lengua común? ¿tradiciones y prácticas comunes? Ante estos interrogantes, las posiciones doctrinales siguen diferenciadas como a lo largo de los últimos tres siglos. Muy esquemáticamente: A) El liberalismo jurídico, que entiende la comunidad como individuo que, en la suma con otros de intereses comunes, concierta un contrato que acaba vinculando con tradiciones e instituciones —éticas constructivistas, contractualistas, comunitaristas y la ARA pueden tener acogida en este ámbito. B) El socialismo jurídico, que entiende la comunidad primeramente no como suma de individuos, sino como vínculo comunicativo y económico, con intereses compartidos que pueden plasmarse en un contrato y prácticas comunes —éticas de la comunidad de comunicación (Apel), de la acción comunicativa (Habermas), la ética de la liberación (E. Dussel), así como las plurales tendencias marxistas actuales pueden inscribirse en este ámbito.

¿Qué tiene que decir el análisis de la ARE respecto al autor de los DH? El autor de los derechos humanos es ‘relativamente’ el yo-tú en comunidad histórica mundial. Aunque la Comunidad no crea los momentos del dinamismo moral de la ARE, hemos de decir que la comunidad sí positiviza esos momentos, que pasan, por ello, a ser derechos. La comunidad los entiende como caminos de realización que la persona debe realizar o le son debidos. Y para asegurarse su realización se atribuye el poder coactivo de ‘imponer su realización’ jurídicamente. De manera que la comunidad es la autora (creadora en sentido relativo) de los derechos humanos. Sin embar-

primer lugar, que el relativismo ético se le antoja ambiguo en su posición sociológica descriptiva. La descripción del hecho sociológico de la diferencia de juicios éticos en las diferentes sociedades no afecta a la validez ni a la posibilidad de juicios morales universales; en segundo lugar, el recurso a un contrato social parece requerir un criterio subyacente al discurso moral en el que los principios válidos deben satisfacer, además de ciertas condiciones formales, la aceptabilidad de todos en condiciones ideales. Como señala Allan Bloom, en *The Closing of the American Mind*, la mayor parte de las relaciones interpersonales son ya consensuales pero, curiosamente, sin motivos para elegir y comprometerse. “País, religión, familia, ideas de civilización, todas las fuerzas históricas y sentimentales que se erguían entre el infinito cósmico y el individuo, proporcionando alguna noción de lugar dentro del todo, han sido racionalizadas y han perdido su capacidad impulsora [...] el alma de los jóvenes está en una situación similar a la de los primeros hombres en el estado de naturaleza, espiritualmente desnudos, desconectados, aislados, sin relación alguna incondicional o heredada con nada ni con nadie. Pueden ser lo que se les ocurra ser, sólo que no tienen ninguna razón para ser nada en particular” [cita recogida en C. S. NINO, *o. c.*, 193]. Para C. S. Nino, los comunitaristas, en su intento de invocar las tradiciones de la comunidad como argumento final, terminarán por incorporar rasgos universalistas en su moralidad social, cf. C. S. NINO, *o. c.*, 130-196.

go, no es su origen último. La búsqueda por el origen creador último de los mismos nos lleva a afirmar el dinamismo de la ARE. Si el lector quiere seguir preguntando, y nos interpela por el origen de dicho dinamismo, su curiosidad quedará aquí defraudada lamentablemente. Ya J. Finnis nos decía que su análisis se mueve en el ámbito de la autonomía. La pregunta por el origen del razonamiento práctico abría su propuesta al ámbito de la pregunta por Dios pero no entró en ese nivel. Con respecto a la ARE, ocurre algo similar, cabe legítimamente preguntarse por el origen del dinamismo de la ARE: su *¿por qué?*, y con ello no se entraría necesariamente en el ámbito de la religión, ni de lo teológico, sino en el ámbito de lo metafísico y/o de lo que X. Zubiri llama: de la religación, y de lo teologal. Sin embargo, aquí, en coherencia metodológica, no podemos salir del ámbito del análisis. La pregunta por el fundamento corresponde a la ciencia, a la metafísica y la religión.

3. INSTITUCIÓN COMUNITARIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La acción de realidad en su dinamismo comunitario puede quedar institucionalizada en su sentido binario como justicia o injusticia. A la forma institucional del gobierno de la justicia la denomino *justicracia*; y por *trilerocracia* entiendo la institucionalización de la forma de gobierno de la injusticia. En primer lugar, el neologismo ‘trilerocracia’ (como el gobierno de los trileros) proviene de la práctica de la estafa organizada mediante la ilusión mágica del engaño. Los trileros actúan en grupo. Varios de ellos vigilan las respectivas entradas y salidas de la calle donde discurre la acción. Otros, camuflando su interés estratégico, integran el número de espectadores. Frente a estos, el actor principal cambia de posición tres cartas. Una de ellas es la reina. El iluso participante que se decide a apostar ha de encontrarla (*find the lady*) para ganar. En el momento de su elección es sistemáticamente distraído, por ello raramente acierta. Y cuando esto ocurre, aquellos ‘vigilantes’ de las esquinas se encargarán de que no salga de la calle con el dinero. Mientras tanto, más de un bolsillo del resto de espectadores suele quedar ‘limpio’.

Para describir la forma de gobierno orientada principalmente a la substracción privada de los recursos públicos se suele utilizar el término *cleptocracia*. Sin embargo, creo que, aunque en el ejemplo ciertamente la finalidad principal es la estafa, si nos referimos a la institución comunitaria de gobierno hay que tener en cuenta dos elementos más que están presentes en la estructura de esta estafa: la mentira del engaño, y la compulsión tiránica de la obligación de entregar el dinero ganado. De modo que engaño, y tiranía completan la estafa como *trilerocracia*. El engaño se apoya inicialmente (i) en la curiosidad de saber lo que pasa en la reunión del grupo; (ii) luego, en la ingenua ‘ilusión’ de poder acertar con la verdadera opción, en el primer intento o en los sucesivos; (iii) y en la ignorancia de las normas estratégicas que han creado la escenifi-

cación. La estafa del apostante lo es (i) mediante contrato voluntario consentido por él mismo; (ii) por el voto mayoritario de los cómplices presentes cuando el afectado osa cuestionar algún movimiento irregular del director de escena; (iii) por el hurto de los espectadores comunitarios. La tiranía se ejerce como la (i) imposición a jugar; (ii) la obligación a pagar; (iii) y la exacción del pago. De modo que en el régimen de la *trilerocracia* el pueblo entra en el sistema atraído por la fanfarria del espectáculo demagógico, pasa su vida esperando dar con el buen candidato. A veces está seguro de acertar eligiendo la izquierda, después la derecha, luego el centro. Pero siempre se equivoca. La fanfarria le anima a seguir, atolondrado, dando por juego de buena fe lo que ocultan las reglas maquiavélicas de los estafadores. Mientras, los recursos del pueblo son hurtados o robados con la legitimidad del consentimiento libre individual, o por la mayoría de votos de los ciudadanos. El pueblo termina adicto al juego, viviendo para pagar, y muriendo si no paga.

La *justicracia* es la forma de gobierno promotora de la realización de la comunidad, frente a su degeneración como *trilerocracia*. Corresponde a la ciencia política determinar la forma político-jurídica que mejor encarne el dinamismo de la justicia. De entre las posibles formas, la democracia es la que en el momento presente de la humanidad legitima con mayor aceptación el Estado, en cuanto Estado democrático de Derecho. Con respecto a esta institución particular de gobierno de la comunidad, la ARE tiene su aportación, siempre desde el análisis y sin pretender abordar la fundamentación. Aunque autores, como R. Rorty, afirman que la democracia no necesita una fundamentación filosófica, y, además, si la necesitase es imposible encontrarla ¹¹, y otros como R. Michels, G. Mosca y V. Pareto, desde el punto de vista empírico, argumentan que la democracia es un sistema político, que como cualquier otro, se fundamenta sobre el gobierno de una oligarquía, sin embargo, en el ámbito filosófico, la mayor parte de la doctrina viene a considerar como sistema político propio de los derechos humanos: El Estado democrático de Derecho fundado sobre el consentimiento. Ahora bien, las dificultades aparecen en la definición de cada uno de esos términos. En primer lugar, ¿Qué es el Estado (*polis*, griego) (*res publica*, latino)? ¿Es Luis XIV? ¿Es 'the march of God in the World'? ¿Cuál es el ámbito propio del término Estado? ¿Hay Estado, por ejemplo, en las democracias occidentales hoy día? ¿Qué vinculación existe actualmente entre el Estado y el bien común o interés general? ¿Qué funciones ha perdido el Estado en la reducción ideológica liberal? ¿A qué intereses sirven las instituciones del Estado que quedan? ¿Qué poder tiene el Estado hoy ante los 'megainteresses' corporativos? ¹².

¹¹ Cf. R. RORTY, *The Priority of Democracy to Philosophy*; M. D. PETERSON & R. C. VAUGHAN (ed.), *The Virginia Statute for Religious Freedom* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

¹² Cf. G. THOMAS, *Introduction to Political Philosophy* (London: Duckworth, 2000) 78-88; HEGEL, *Elements of the Philosophy of Right* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) § 258; 279.

En segundo lugar, ¿cuál es el ámbito de la Democracia (*demokratia*, griego; *democratia*, latino)?¹³ ¿Implica el sistema democrático la democracia de los medios de información (de los ‘espectadores’ de la manipulación), comunicación y conocimiento, o es compatible con la censura, la autocensura y la imposición de la ignorancia? ¿Implica el sistema democrático la democracia de las instituciones de la comunidad: la empresa como unidad económica, la Banca, los partidos políticos, etc.? ¿Es la Democracia el mero recurso al método democrático de la mayoría, con frecuencia desinformada, manipulada y engañada por el dinero del que busca el poder? ¿Es la Democracia la coartada para el ejercicio político irresponsable, política y jurídicamente, durante un periodo de años?¹⁴

En tercer lugar, cuando el Estado democrático se dice de Derecho: ¿Significa ser Democracia de Derecho que exigencias morales urgentes estén sin positivizar en la comunidad? ¿Ser Estado de Derecho significa el partidismo de las instituciones judiciales y la prevaricación en sus resoluciones? ¿Ser Estado de Derecho significa el obsceno cinismo esquizofrénico de defender la positivación de los derechos humanos sin su protección?

¿Qué tiene que decir la ARE ante la constatación de que las que se llaman Democracias, y señorean su solera competidora celebrando aniversarios, languidecen en el grado de participación de la Comunidad. Mientras finaliza la fanfarria pródiga de recursos ajenos, un tercio de la población suele decidir por los dos tercios restantes. Y tras esa decisión los grupos de presión e intereses corporativos terminarán con la violación de la institución política más sagrada de la Comunidad.

Profundizando la propuesta de D. Held¹⁵ de una *democracia cosmopolita* como institución de la acción política, en primer lugar, desde el ámbito

¹³ Cf. A. SQUELLA, *Democracia y Derecho*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 511-520; 512.

¹⁴ J. FINNIS, *Unjust laws in a democratic society: some philosophical and theological reflections*: The Notre Dame Law Review v 71 (1996) 595-604; 595; Cf. L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: A. DE CABO-G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 287-381; 374; 379-381.

¹⁵ D. Held defiende una ‘estructura común de acción política’ (p. xi) para conseguir un derecho democrático cosmopolita, frente a lo que llama ‘Nautonomy’ entendida como la ‘producción y distribución asimétrica de oportunidades-de vida, lo cual limita y erosiona las posibilidades de participación política. La democracia sólo dignifica su nombre cuando los ciudadanos tienen el poder activo de participación, gracias a un conjunto de derechos que les otorgan dicha atribución’ (p. 190). Él considera siete grupos de derechos para garantizar la participación libre e igual: derechos a la salud, derechos sociales, culturales, civiles, económicos, pacíficos y políticos (p. 191) como ‘bienes de la comunidad’ (p. 216). Pero las obligaciones de estos bienes no están ‘naturalmente’ dadas ni son elegidas universalmente sino que requieren la determinación libre de los propios ciudadanos (p. 231). Particularmente, él hace referencia a un tipo de propiedad: la *propiedad cooperativa* como forma generalizada en orden a conseguir establecer los objetivos de la comunidad cosmopolita (p. 264; 278). Cf. D. HELD, *Democracy and the Global Order* (Cambridge: Polity Press, 1995).

del análisis y no de la fundamentación, se puede afirmar que la institución jurídica de la comunidad que parece corresponde con la ARE es el Estado de Derecho ¹⁶ como gobierno de la justicia: *justicracia*. La democracia es la forma política en que se concreta el dinamismo de realización humana ¹⁷. El Estado de Derecho es Estado democrático de Derecho, y Democracia es el dinamismo de la justicia antes que la simple decisión por mayoría. Ya desde antiguo se entendía la *demokratia* como el ‘poder del pueblo’ en igualdad (la *isonomia* de Herodoto y el disfrute de los mismos derechos de Tucídides); *equabilitas* ¹⁸ y libertad jurídica ¹⁹. Para no caer en la falsa identificación de la democracia con la ‘dictadura’ de los deseos de la voluntad mayoritaria (o de la identificación de la voluntad minoritaria más poderosa) –en el caso de que no tenga otro criterio de lo que es beneficioso o perjudicial para la comunidad que la mera decisión arbitraria– es necesario recordar la orientación que la democracia tiene a la justicia; no a la idea de la justicia, sino a la realidad de su dinamismo. Un dinamismo que es moral en el contenido de sus momentos. La democracia no se puede asentar en una voluntad mayoritaria suicida, ni en una voluntad minoritaria ‘compravotos’, sino en una voluntad que puede ser de vida o suicida, pero que, llegada esta última situación, encuentra el apoyo de los límites de la fuerza del Derecho para evitar su destrucción. Éste es el sentido que tiene el hecho de que las Declaraciones de derechos humanos hayan pasado a formar parte de las Constituciones de la mayor parte de los Estados democráticos. Como dinamismo moral no es algo creado por el hombre, sino que es creado *con* el hombre, si la sociedad concretiza unos derechos, estos lo son para el desarrollo de los momentos de su realidad ²⁰. De este modo, la Democracia se legitima en la protección de los momentos de verdad, amor (igualdad) y libertad ²¹, y se estructura en la autonomía respectiva de los momentos del dinamismo de la ARE. Lo que se llama la ‘separación de poderes’ ²², y que realmente es una

¹⁶ El Profesor G. Peces-Barba, siguiendo el criterio de las generaciones de los derechos humanos, distingue tres tipos de Estado de Derecho: liberal, democrático y social de Derecho. El primero encarna los derechos individuales y civiles (libertad protectora); el segundo, los derechos políticos (libertad participación); y el tercero, los derechos sociales (libertad promocional). G. PECES-BARBA, *Derecho y Fuerza*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 118-120. Desde el análisis de la ARE, el Estado de Derecho sólo puede ser uno: el Estado que positiviza la justicia (justicracia). Y es a su vez trino: Estado de libertad, de amor (social) y de verdad. Esta última dimensión es igualmente necesaria, y, aventuro, caracterizará la lucha en el tercer milenio.

¹⁷ Cf. R. L. CALHOUN, *Democracy and Natural Law*: *Natural Law Forum* 5 (1960) 31-61; cf. H. KELSEN, *Foundations of Democracy: Christian Natural Law Doctrine*: *Ethics* 66 (1955) 45-48.

¹⁸ HERODOTO, *Historia*, III, 80.

¹⁹ TUCÍDIDES, *The Peloponnesian War*, II, 37.

²⁰ Cf. G. FASSÒ, *On Natural Law as the Basis of Democracy*: *Natural Law Forum* 7 (1962) 97-108.

²¹ Cf. G. DIETZE, *Right Rights*: *The American Journal of Jurisprudence* 25 (1980) 38-74.

²² Cf. G. PECES-BARBA, *Derecho y Fuerza*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 114-118.

distinción de poderes o separación sin desintegración, no fue en Locke o Mostesquieu ²³ un mero recurso convencional arbitrario para garantizar las libertades del individuo que abandona el estado presocial incivilizado. Ellos intuyeron un dinamismo más antiguo y radical ²⁴. Un dinamismo de realización a cuyo momento de intelección sentiente corresponde 'el momento legislativo', en su acción de positivar la realidad en realidad jurídica; al momento de sentimiento afectante corresponde el 'momento judicial', en su acción de garantizar la legitimidad en la justicia de la realidad positivada; y al momento de voluntad tendente corresponde el 'momento ejecutivo', en su acción de ejecución de la realidad positivada y legitimada ²⁵.

4. DINAMISMO HISTÓRICO DE POSITIVACIÓN DE LOS DH EN LA COMUNIDAD

El dinamismo histórico de positivación y protección positiva ²⁶ por la comunidad consciente de la universalidad los derechos humanos personales se abre paso en el siglo XVII con las primeras declaraciones americanas y francesa ²⁷, sin embargo, sus antecedentes los encontramos más allá de la Edad Media, ya que, como señala F. Puy Muñoz, son un concepto coextenso con los de Derecho, ley y justicia ²⁸.

Sin pretender entrar en el ámbito racional de la fundamentación de los derechos humanos, sino moviéndonos en el análisis de la historia de la positi-

²³ Cf. G. J. SCHMITT, *Separation of Powers: Introduction to the Study of Executive Agreements*: The American Journal of Jurisprudence 27 (1982) 114-121; S. RATNAPALA, *John Locke's Doctrine of the Separation of Powers: A Re-Evaluation*: The American Journal of Jurisprudence 38 (1993) 189-220.

²⁴ Raíces de la separación de 'poderes' se encuentran en el constitucionalismo medieval de la Europa feudal. Los principios de limitación legal (atenimiento del rey a las leyes), de representación popular (el deber del monarca de obtener el consentimiento: tácito, representativo o judicial), y de responsabilidad (el derecho de resistencia) son fruto de la concepción que se tiene del Derecho en ese momento. Sin embargo, carencias como la imprecisión e incertidumbre de la norma consuetudinaria, o la ausencia de procesos formales e institucionales para asegurar la observancia del Derecho dificultaron la realización de los principios 'constitucionalistas' en la práctica. cf. S. RATNAPALA, *John Locke's Doctrine of the Separation of Powers: A Re-Evaluation*: The American Journal of Jurisprudence 38 (1993) 189-196.

²⁵ Estas tres dimensiones integran 'el poder garantizador de la Constitución, y 'el poder de visibilidad del espacio público', que G. PECES-BARBA otorga al Tribunal Constitucional, y al Parlamento y medios de comunicación, respectivamente, G. PECES-BARBA, *Derecho y Fuerza*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ- R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 117-118.

²⁶ Cf. L. FERRAJOLI, *Derechos fundamentales*: A. DE CABO-G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 26.

²⁷ Cf. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Historia de los derechos fundamentales*, vol. I (Madrid: Dykinson, 1998).

²⁸ F. PUY MUÑOZ, *Retrospectiva de los derechos humanos (desde Ojén 1989)*: Anuario de Derechos Humanos 7 (1990) 163-183; cf. ID, *La Historia de los Derechos*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 259-265; 260. cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 108-111.

vación de los mismos por la comunidad, siguiendo la retrospectiva de F. Puy Muñoz ²⁹, en la antigüedad (hasta s. III d.C.), como ejemplo de positivación de los derechos, cabe mencionarse el *Código hitita de Hammurabi* (1750 a.C.), la *Torah de Moises* (1200 c.C.) y la legislación imperial romana recogida posteriormente por Justiniano en el *Codex* (529 d.C.). Órganos como la creación en Roma por Trajano del *curator civitatis* (100. d.C.) se encargaron de la garantía de los derechos con todas las limitaciones de la época. En el ámbito jurisdiccional se encuentran la *provocatio ad populum* (aprox.VI. a.C.) y las *Quaestiones perpetuae* (I a.C.).

Los documentos medievales no son declaraciones propiamente, sino privilegios que el monarca concede a un grupo de súbditos, a un estamento, o una zona geográfica. Son derechos reconocidos esporádicamente y sin el carácter de universalidad. Son derechos pactados, contractuales, que pretendían restringir el poder real ³⁰. Entre ellos cabe citar: *Usatges* de Ramón Berenguer I (desde 1060), la *Carta magna leonesa* pactada por Alfonso IX (1188), y la *Magna charta libertatum* de Juan sin Tierra (1215). Estos derechos eran defendidos entre otras instituciones por: el *Justicia mayor* (Aragón), los *Alcaldes de corte* (Castilla), y los *Jutges de greuges* (Cataluña). En el ámbito jurisdiccional el distinto nivel de apelación entre los distintos estamentos permitía un cierto grado de eficacia en la garantía judicial.

Desde el renacimiento hasta 1948 se hará constante la afirmación del principio de *generalidad* de los derechos, al que se le sumará el reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento y del derecho a profesar libremente una religión. Significativos en este sentido son el *Edicto de Nantes* otorgado por Enrique IV de Francia en 1598, el *Acta de Tolerancia de Maryland* de 1649 y la Carta del rey inglés Carlos II, concedida a la colonia americana de Rhode Island en 1663. Los derechos civiles y políticos encontraron vía de reconocimiento en Inglaterra con la *Petition of Rights* de 1628, la *Ley Habeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689. Estos textos, aun siendo documentos de carácter nacional, son textos normativos que otorgan el derecho a ser invocados por las personas ante los *tribunales*. La Declaración de derechos de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, y los derechos de hombre y del ciudadano de la Revolución Francesa de 1789 significaron un paso más en el proceso evolutivo de los derechos humanos. La defensa de los derechos humanos, en este momento, fue inspirada por el espíritu iusnaturalista que se había gestado durante el siglo diecisiete. La afirmación de que los hombres nacen y permanecen libres en derecho, junto al entendimiento de que las distinciones sociales sólo pue-

²⁹ Cf. F. PUY MUÑOZ, *La Historia de los Derechos*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), Manual de Teoría del Derecho, 259-265.

³⁰ En A. E. PÉREZ LUÑO el fundamento es la costumbre, y el iusnaturalismo. La titularidad es estamental y circunstancial, y la naturaleza jurídica es de auténticos textos jurídicos-positivos, Cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 112-113.

den justificarse en la utilidad común, fueron fruto de un pensamiento burgués que afirmaba los derechos individuales, la libertad y la propiedad como derechos inviolables y sagrados. En los comienzos del siglo XVIII se inicia la elaboración de la teoría de los derechos naturales como atribuciones de un sujeto individual, visión que prevalecerá durante el siglo XIX. En el siglo veinte la teoría de los derechos naturales se ampliará a la titularidad, no sólo de la persona individual, sino de entes supraindividuales en el reconocimiento, por ejemplo, de los derechos de las comunidades o grupos ³¹. La conquista de los derechos sociales de contenido laboral y económico que garantizan un salario justo, un trabajo remunerado, estabilidad laboral, libertad de sindicación, etc., será la tarea de las reivindicaciones que se ‘materializarán’ en el XX. El dinamismo de incorporación de los derechos económicos y sociales, iniciado en el siglo XIX, comienza a tener protección constitucional con la Constitución mejicana de 1917, la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1918 y la alemana de 1919. En todo este largo periodo histórico hasta 1948 se han creado y especializado diversas instituciones de protección de los derechos: desde el *Sindico personero*, hasta el *Ombudsman*. Con relación al ámbito jurisdiccional, se evoluciona desde los *juicios de residencia* hasta llegar a la regulación procesal de los debates políticos y los procesos criminales.

El espíritu de globalidad de los DH cristalizó en 1945 con la aprobación de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que en su sesión del 10 de diciembre de 1948 aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Una declaración desarrollada, entre otras positivaciones, por la Convención sobre la Prevención y Castigo de los Crímenes de Genocidio (1948), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos en 1966 ³², la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y Castigos o Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989).

Instituciones como el Consejo de Europa, y el Defensor del Pueblo (España) son ejemplo de las nuevas garantías otorgadas a los derechos humanos. Respecto al ámbito jurisdiccional de esta etapa cabe citar, el Tribunal Constitucional (España), la Corte europea de derechos humanos (Estrasburgo), la Comisión interamericana de derechos humanos (Washington), la Corte intera-

³¹ La fundamentación es predominantemente iusnaturalista, la titularidad es general, y la naturaleza jurídica es de derechos positivos mejor formulados, Cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 115-120.

³² La fundamentación es el carácter social de todos los hombres, la titularidad es del hombre en su circunstancia y en su comunidad, y la naturaleza jurídica es de libertades y garantías de participación y prestaciones, cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 121.

mericana de derechos humanos (San José de Costa Rica), el Comité de derechos humanos de Naciones Unidas (New York-Geneve), y la Corte Penal Internacional (La Haya).

Sin embargo, el dinamismo histórico comunitario de positivación de los DH no se ha cerrado, la comunidad mundial (*civitas gentium*) marcha hacia un Estado universal donde no sólo la libertad, sino el amor (igualdad), y la *verdad* permitan la paz perpetua y realicen al animal de realidades en su plenitud ³³.

5. La autoridad de los derechos humanos

¿Qué es la autoridad (*arche; auctoritas*) ³⁴ ¿Qué autoridad tienen los derechos humanos? ¿La autoridad de la comunidad? ¿Tienen los derechos humanos una autoridad previa a la Comunidad? ¿Qué obediencia merecen? Las respuestas de la doctrina ante estos interrogantes se muestran consecuentes con los enfoques ideológicos respectivos. Para la línea positivista constructivista, consensualista, comunitarista, sociológica, comunicativa, la autoridad de los DH reside últimamente en la voluntad, en el consenso o convenio legitimador de la voluntad de la comunidad, en el poder social. Para la línea iusnaturalista en sentido amplio, la autoridad última de los DH reside en Dios, y/o en la naturaleza, y/o en la dimensión ontología del ser humano ³⁵.

¿Dónde sitúa el análisis de la ARE la autoridad de los DH. Mediatemente, coincidiendo con la ARA, la autoridad de los DH descansa en el bien común. Pero, primeramente, el bien común como dinamismo de realización no es un consenso o contrato, ni poder social, sino un *poder de realización* que se impone como *imperium moral de realidad* (poder de lo real en cuanto producción y reproducción de la vida). Luego, en línea con Santo Tomás, se podría decir que los DH, como obligación legal, presuponen el *imperium* del legislador (poder jurídico). La comunidad es el actor que actualiza este poder jurídico como *autoridad*. En la doctrina, el término autoridad se ha hecho intercambiable con el de poder e influencia (Laswell y Kaplan), aunque autores como F. J. Laporta prefieren distinguirlos en el ámbito jurídico. 'Mediante las normas del derecho se *influye*, se *ejerce* poder, se *pretende* autoridad' ³⁶. En la ARE el *imperium-autoridad* no es creación del legislador, y permanecen independientes de su elección o voluntad ³⁷. La comuni-

³³ Cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 287-310.

³⁴ Cf. G. THOMAS, *Introduction to Political Philosophy*, 63-78.

³⁵ Cf. F. J. LAPORTA, *Poder y Derecho*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 441-452.

³⁶ *Ibid.*, 441.

³⁷ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 207; en J. Finnis, la fundamentación de los principios de los gobiernos constitucionales en Europa debe buscarse en el *imperium* de la tradición del Derecho natural de Aristóteles y Santo Tomás frente a la tradición que arranca de Hobbes y Kant, y que tiene hoy día como seguidores a Dworkin, Nozick y Rawls. En su artículo *Some Professorial Fallacies about Rights* (1972) J. Finnis critica que la retórica de los

dad soberana (*kurion; imperium, maior potestas*, latino) no tiene, estrictamente hablando, otro poder para ser obedecida que la autoridad para dar direcciones y hacer leyes que sean moralmente obligatorias y de las que se hace veladora en su cumplimiento. Como en la positivación la comunidad tiene esta autoridad por el bien común, las leyes que carecen del *imperium moral de realidad* de la comunidad no son leyes. Por ello, en el caso de que alguna formulación de derecho humano aparentase ser válida y legalmente obligatoria, por emanar de una fuente legalmente autorizada, e implementada por los tribunales y funcionarios, si carece del *imperium moral de realidad* no es derecho y debe ser desobedecida ³⁸.

La comunidad actualiza este *imperium* como *autoridad* en la positivación por vía consuetudinaria, estatutaria, directamente, por delegación o representación. Sin embargo, dicho ejercicio del *imperium* únicamente será considerado como creador de norma vinculante para los sujetos legales en virtud de un reconocimiento autónomo ³⁹ por los mismos; de una relación transparente entre el *imperium* y la autoridad. Esa relación transparente significa para la autoridad sometimiento absoluto al *método democrático*. La comunidad podrá darle la figura concreta que determine, ahora bien, si quiere reclamarse atendida al hecho de la realización deberá contar con: (i) información-análisis-conocimiento veraz de la realidad en cuestión por parte de las personas en la Comunidad; (ii) reconocimiento de la vida de cada persona-respeto del principio '*una persona una voz y un voto*' en todas las instituciones-acuerdos por mayoría, mayoría cualificada, o unanimidad, según la misma comunidad determine; (iii) imposición en la comunidad de las resoluciones adoptadas-obligar dichas resoluciones en orden a la realización-ejecución las exigencias de las mismas. Como los tres momentos interactúan en respectividad, la realización de cada uno de ellos habrá que hacerla en la consideración de los demás. En particular, los modos técnicos tradicionales de positivación del *imperium* y la *autoridad* de los derechos han sido las Constituciones ⁴⁰ y sus

derechos individuales del ser humano ha generado una devaluación de la moral, y con frecuencia las argumentaciones y especificaciones de los derechos humanos universales apelan a ciertas formas de utilitarismo. Para evitar dicha devaluación J. Finnis cree que es posible encontrar principios universalmente válidos de moralidad política que no sean contingentes a tradiciones lingüísticas, costumbres o convenciones; una vuelta a la tradición de Derecho natural, respetando la secularización de la sociedad y de los Estados modernos, cf. C. COVELL, *The Defence of Natural Law*; 239.

³⁸ J. F. Malem, con relación a la obediencia al Derecho, diferencia en la doctrina: (i) Teorías voluntaristas (del consentimiento expreso, tácito, unánime, o por mayoría. (ii) Teorías teleológicas (utilitarismo). (iii) Teorías deontológicas (Derecho natural, Teoría del juego limpio, Teoría de apoyar las instituciones justas). Cf. J. F. MALEM, *La obediencia al Derecho*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 521-536; J. P. RODRIGUEZ, *La obediencia al Derecho*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASIS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 353-378; 359.

³⁹ Cf. A. SQUELLA, *Democracia y Derecho*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 513-514.

⁴⁰ A. E. Pérez Luño distingue cinco instrumentos distintos de positivación en la Constitución española de 1978: a) valores y principios constitucionales programáticos; b) principios constitucionales para la actuación de los poderes públicos; c) normas o cláusulas generales a

Preámbulos, la Declaración Universal de derechos humanos ⁴¹, la creación de derechos humanos por el poder legislativo ⁴², el poder ejecutivo ⁴³ y judicial ⁴⁴; los dos últimos con las reservas necesarias para evitar que se ponga en riesgo la legitimidad de los mismos ⁴⁵.

desarrollar por leyes orgánicas; d) normas específicas o casuísticas; e) normas de tutela. Una complejidad que –a su juicio– arroja dudas sobre la perfección técnica de la positivación de los derechos fundamentales, A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 65-71.

⁴¹ *Ibid.*, 77-82. Es interesante, respecto al dinamismo de la ARE, señalar que la Comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas entendiera su trabajo como un proceso el cual: a) comenzó con la preparación y declaración de los DH; b) continúa con pactos sobre los mismos; c) y termina con la ejecución de aquellas medidas conducentes a su efectivo disfrute. Desde esta perspectiva del decurso, se ve más claro el que la Declaración Universal tenga carácter jurídico (tesis de René Cassin, Truyol y Serra) frente a quienes lo impugnan (Kelsen, Díez de Velasco), o afirman una autoridad jurídica indirecta (Lauterpacht).

⁴² A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 97-100.

⁴³ En su competencia reglamentaria de forma residual, subsidiaria y controlada, cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 102-104.

⁴⁴ De forma contingente, pero en casos incluso *contra legem* aunque siempre *secundum constitutionem*, cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 104-107.

⁴⁵ *Ibid.*, 108.