

CAPÍTULO SÉPTIMO. EL PODER DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	315
1. El poder coactivo de los Derechos Humanos	315
2. La autonomía de los Derechos Humanos	316
3. La sanción jurídica de los Derechos Humanos.....	318
3.1. <i>La sanción moral</i>	318
3.2. <i>La sanción jurídica</i>	320

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL PODER DE LOS DERECHOS HUMANOS

El capítulo séptimo concluye la reversión afirmando que los derechos humanos, como positivación de la justicia por la comunidad, lo son coactivamente autoexigibles por sanción jurídica. De manera que la coacción, la autonomía y la sanción se convierten, junto a la persona, la comunidad y la positivación de la justicia, en elementos propios de los derechos humanos en cuanto Derecho. Con esta reversión afirmativa concluida, el movimiento analítico, que arrancó de la aprehensión primordial de realidad, pedirá, en una tarea posterior, adentrarse en la marcha hacia el fundamento. Tarea que incumbe a la metafísica y a la ciencia jurídica, y que queda pendiente.

1. EL PODER COACTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tradicionalmente se ha considerado la fuerza coercitiva como un elemento esencial del Derecho¹ (Tomasio, Kant, Fichte, Ihering, Jellineck, Gentile, Del Vecchio, Olivecrona, Ross, Kelsen, Bobbio), aunque también han habido corrientes como el krausismo que han dejado la coacción fuera del ámbito del Derecho, confiando en el *deber social* el cumplimiento de las leyes. Ello ha dado lugar a discutir el papel jugado por la fuerza psicológica en el Derecho; el entendimiento de éste como fuerza social controlada; como la regla de la fuerza. Dificultades han aparecido en el entendimiento de ciertas obligaciones familiares y personalísimas, debido a los obstáculos en la realización de las mismas. Además, el Derecho internacional no recurre —se dice— a la coacción para la aplicación de los compromisos sino a medidas de retorsión, aislamiento diplomático y económico, etc. Hacer del Derecho internacional una regla de la fuerza es caer en el *ad infinitum*, remontándonos en la búsqueda de una fuerza reguladora de aquella regla. Algunos autores, como A. Fernández-Galiano, han llegado a afirmar que 'la fuerza no está presente en el Derecho

¹ Cf. G. PECES-BARBA, *Derecho y Fuerza*; G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 95-108.

como elemento esencial del mismo'²; el Derecho posee fuerza pero no es esencialmente coacción. Ahora bien, si la positivación de los derechos humanos caracteriza el momento de verdad de los mismos, y, en segundo lugar, la positivación por la comunidad del dinamismo de justicia, legitima su contenido, desde el análisis de la ARE, el que sean coactivamente autoexigibles por sanción jurídica les dota de su fuerza ejecutiva. Es el momento de libertad el que predominantemente entra en juego. Liberación impuesta coactivamente, optativamente autoexigible, y sancionada jurídicamente en la ejecución.

La imposición coactiva del Derecho, y de los derechos humanos en particular, los caracteriza respectivamente como tal Derecho. Imposición que surge del 'poder moral' de *la realidad* (dinamismo de la ARE) de la norma que aparece como coactividad. Es el carácter de 'forzosidad' que tiene la ley en la delimitación del deber moral como deber legal. Ha sido frecuente en la historia del pensamiento jurídico identificar el Derecho con la positivación coactiva como su contenido propio³. Con ello se ha llegado a la reducción de prescindir del momento justicia, otorgándole a la positivación del 'poder' coactivo sentido en sí misma.

2. LA AUTONOMÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con relación al carácter autoexigible de la ley, la imposición no queda como un elemento heterónimo (externo) sino que es doblemente interno respecto a la comunidad y a la persona en particular. El 'poder' del 'deber' de la ley es exigencia autoimpuesta por opción de la comunidad en su conjunto. Tanto el dinamismo moral de la ARE, como su positivación por la comunidad en cuanto Derecho, y derechos humanos, es un dinamismo autónomo. Ciertamente, en el proceso de madurez moral, cada persona y cada comunidad se encuentra en un estadio (inconsciencia, consciencia, responsabilidad), y la tensión, incluso oposición, respecto a la norma es inevitable. La opción realizada por la comunidad puede no ser la de la persona, que siente entonces el 'poder' como la desnuda fuerza de imposición de la sanción legal. En situaciones como éstas nos encontramos con un momento de 'crisis' en el que lo que se cuestiona es la *legitimidad* de la ley, esto es, su justicia. De dicho momento de 'crecimiento' se puede salir en dos direcciones. La maduración puede venir para la comunidad, la cual, gracias al desafío de aquellas personas, entra en un proceso de análisis e investigación de la ley, terminando en su reforma; es el proceso de evolución de la justicia

² A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 385.

³ La doctrina diferencia entre *coercitividad* y *coacción*. En la tradición iusnaturalista, la primera, como en potencia, es esencial al Derecho, pero no la segunda, Cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o. c.*, 386; cf. A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 161-163. La coercibilidad es lo que desde la ARE llamamos *imposición coactiva* como 'imposición inexorable', que se diferencia de la *sanción*. Ahora bien, ambos junto a la *autoexigencia* son elementos de la realidad del Derecho, y ninguno más radical que otro.

comunitaria. En segundo lugar, la maduración puede venir para la persona, en tanto que la comunidad, con todo el conocimiento posible, y asentada en el bien de la justicia, impone la sanción jurídica.

Para hacer efectiva la autoexigibilidad respectiva de los derechos humanos la comunidad ha institucionalizado el *sistema de garantías o autoprotección*. Algún sector de la doctrina, apoyado en investigaciones sociológicas, económicas, políticas y jurídicas, señala como obstáculos actuales para la protección de los DH: a) la guerra, b) la enfermedad; c) la pobreza, d) la ignorancia; d) la intolerancia, e) la insolidaridad; f) y la inseguridad ⁴. Obstáculos que si son reordenados, conforme al dinamismo de la ARE, son obstáculos contra la verdad (la ignorancia, la intolerancia); contra el amor (la enfermedad, la pobreza, la insolidaridad); y contra la libertad (la inseguridad, la guerra). F. Puy Muñoz propone, a su vez, siete instituciones garantes de los DH: '1) las fuerzas armadas, 2) la seguridad social, 3) la economía social de mercado, 4) la educación, (o más exactamente, el bloque educación-ciencia-cultura), 5) el pluralismo, 6) la democracia, 7) el Estado de Derecho' ⁵.

La Comunidad global ha institucionalizado, con todas sus limitaciones, entre otros, los siguientes medios de protección de los DH: A) En el ámbito global de las Naciones Unidas, con limitada competencia jurisdiccional: (i) *La Comisión de DH* (1946), y (ii) *la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías*. (iii) *El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos* (1993). (iv) *El Tribunal Penal Internacional* (estatuto aprobado en 1998, y en vigor desde el 1 de julio de 2002) ⁶. B) En el ámbito sectorial de los Derechos Humanos: (i) *El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial* (1965). (ii) *El Comité de DH* (1966). (iii) *El Comité contra la Tortura* (1984). *El Comité de Derechos económicos, sociales y culturales* (1985) (iv) *El Comité sobre los Derechos del Niño* (1989). (v) *El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* (1999). C) En el ámbito regional de la comunidad internacional: (i) *La Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos* ⁷, *la Corte Africana de DH* (1998), y *el Comité Africano de los Derechos y Bienestar del Niño* (1990). (ii) *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, y *la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1969) ⁸. (iii) *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (nueva jurisdicción desde 1998) ⁹. (iv) En el ámbito nacional se han

⁴ Cf. F. PUY MUÑOZ, *Garantías de los derechos*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 310.

⁵ *Ibid.*, 307-314; 310.

⁶ Órgano jurisdiccional con competencia para juzgar violaciones de los DH tipificados como: crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, y de agresión.

⁷ Creado por la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos* (1981).

⁸ Creados por la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969).

⁹ Creado por la Convención Europea para Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (Roma 1950). *El Comité de Ministros* ha de controlar la ejecución de la sentencia del Tribunal por parte del Estado condenado.

creado, entre otros, los siguientes modos de protección: *Habeas corpus* (creado por el parlamento inglés en 1679, devuelve la libertad del detenido), *habeas data* (devuelve objetos secuestrados a su dueño), *mandato de segurança* (creado en Brasil 1926, devuelve la libertad de movimientos privada por causa ilegal), *writ of injuction* (acción procesal inglesa que busca prohibir una resolución anticonstitucional), *writ of mandamus* (institución procesal inglesa que busca la ejecución de un deber legal debido por un funcionario), *mandato de injuçao* (creada por la Constitución brasileña de 1988, es semejante a la *writ of mandamus*), *Staatsrechtliche Beschwerde* (creado por la Constitución suiza de 1874, garantiza los derechos constitucionales de los ciudadanos ante violaciones administrativas, legislativas o judiciales), el *amparo latinoamericano* (reconocido en la Constitución del Estado de Yucatán 1841, garantiza la constitucionalidad de los actos de los funcionarios), y el *amparo judicial y constitucional* (creado por la Constitución española de 1978, garantiza la protección jurisdiccional de los derechos) ¹⁰.

3. LA SANCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. *La sanción moral*

Respecto a la sanción jurídica, ésta queda legitimada por la sanción moral en orden a la justicia para evitar el mal de la muerte ¹¹. La sanción moral, como la figura de realidad que se ha conseguido, tiene carácter binario en la ARE: de promoción y degeneración. Éste segundo queda vinculado al problema del mal ¹², como promoción de la degeneración de la *acción de realidad humana* que tiene sus grados y que sanciona definitivamente la figura humana en orden a su felicidad ¹³. Para la ARE, el mal no es limitación, aunque la limitación es la posibilidad del mal (SSV 250). El mal es promoción de la disconformidad (SSV 255). Su causalidad no es eficiente sino deficiente. El mal es defecto, y como causa no es eficiente sino deficiente (SSV 256). El mal en sus grados puede ser: *maleficio, malicia, malignidad y mal-*

¹⁰ Cf. F. PUY MUÑOZ, *Garantías estatales ordinarias*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 317-322.

¹¹ Cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 260.

¹² El tema del mal ha ocupado a Zubiri en muchos momentos con una mayor o menor proximidad. Directamente lo trata en un curso en 1964 sobre *El problema del mal*, menos directamente en los cursos: de 1959 sobre *La persona*, de 1961 sobre *La voluntad*, de 1953-54 sobre *El tema del hombre*. También se encuentran referencias en los cursos sobre *El problema filosófico de la historia de las religiones* (1965), *Reflexiones filosóficas sobre algunos problemas de Teología* (1967), *El hombre y el problema de Dios* (1968) y en sus obras *Sobre la esencia* y en *Naturaleza, Historia y Dios*.

¹³ María Ríaza reconoce a X. Zubiri el valor de afrontar el problema del mal en el mundo 'intelectual', cf. M. RÍAZA, *Planteamiento del tema del mal en la filosofía de Xavier Zubiri*, 45-62.

dad. Como maleficio, es la presencia privativa de lo que tendríamos que ser por nuestra integridad psicobiológica y, sin embargo, no somos (SSV 261). La malicia es el mal en que me coloco yo mismo por mi propia condición. No es malefactum sino el mal puesto en y por la volición misma. Su contrario sería la 'bonicia'. La malicia no consiste en que yo quiera el mal por el mal, sino en que quiera un objeto que tiene un aspecto bueno, a pesar de que tiene otros suficientemente conocidos como malos; es anteponer lo que yo quiero a lo que es; es estar por encima de un bien. En este sentido, la malicia es intrínseca a la voluntad, y constituye un momento positivo de ella; no es un momento formalmente privativo. Mi volición es ponerme en condición de apoderamiento del mal; es la instalación del mal como poder (SSV 274). La fuerza del bien la convierto en maliciosa por una acción en la que antepongo lo que quiero a mi propio bien (SSV 277). Anteposición que es movida por la atracción. Atracción que es la forma como el poder está unificado con el *factum* (SSV 275). Por otro lado, la malignidad es producir el maleficio en otro, y, en su forma más grave, el que me proponga hacer que otra voluntad sea ella misma maliciosa. De este modo, las posibilidades que se le ofrecen son algo más que simples atracciones: son incitaciones. Es la instauración del poder del mal como inspiración. Finalmente, la maldad es el poder del mal como principio tópico del mundo; es la erección del mal en principio, en poder objetivo. Poder del mal, que instaurado con la malicia y creando malicia, se institucionaliza como principio (SSV 281).

El mal recibe su sanción moral ¹⁴, es decir, que el hombre en cada uno de sus actos puede decidir real y efectivamente la figura de su propia felicidad precisamente por un acto de decisión bueno o malo. Pero este acto puede no ser definitivo en orden a la felicidad, pues la vida puede seguir, y en ella se puede reformar la figura aunque en sí misma cada acción es definitiva de esa figura. Pues bien, estar informado y conformado en esa forma de felicidad, no de una manera definitiva, sino definitivamente, es lo que es la sanción última. La sanción no es primariamente un castigo, sino que el hombre sea plenariamente aquello que radical y efectivamente ha querido hacer de sí. Esta figura, en tanto que tiene un carácter que configura al hombre es física; pero en tanto que esta configuración es por una apropiación irreformable es moral, y ostenta este carácter físico y moral a un tiempo. En eso es en lo que intrínseca y formalmente consiste la sanción. Pero junto a esta sanción definitiva, también cabe hablar de sanción sin ese carácter último, y con referencia a aquélla (SH 419).

La sanción moral en sentido negativo es la degradación, la muerte de la realidad humana cuando por no poder apropiarse de posibilidades de realización humana quedamos condenados a la condición de cosa ¹⁵. En su extensión en la comunidad histórica, el mal sanciona con la práctica exten-

¹⁴ J. L. LÓPEZ ARANGUREN, *Moral como estructura, como contenido y como actitud*, 22.

¹⁵ F. J. NIÑO MESA, *Los otros como posibilidades mías*, 82.

dida del dinamismo de 'degradación' (injusticia) que condena a la mayoría a una condición de clausura casi animal, violenta e injusta. Una violencia que obliga a los hombres a traicionar su compromiso de realización, a deshumanizarse; a renunciar a la felicidad en un sobrevivir biológico alienado¹⁶. Malignidad que monopoliza y acapara oportunidades de vida, indispensables a otros, institucionalizándose como maldad en la constitución y sostenimiento colectivo de estructuras que perpetúan, y hacen pasar por naturales, situaciones de opresión¹⁷.

3.2. La sanción jurídica

El tema de la sanción legal tiene sus hondas repercusiones en el ámbito jurídico. La doctrina ofrece distintos acercamientos, dependiendo de la corriente jurídica a la que pertenecen. Así, para el iusnaturalismo tradicional, una sanción es la pena impuesta a un acto *malo*. El acto malo puede serlo porque intrínsecamente lo es frente al contenido del Derecho natural (*mala in se*), o porque ha sido prohibido por el poder positivo establecido en la sociedad (*mala prohibita*). En el positivismo las normas de carácter prohibitivo son innecesarias. Para el iuspositivismo la sanción es el establecimiento normativo por la autoridad competente de la consecuencia coactiva de la condición de un acto ilícito (Kelsen). El acto ilícito lo es porque lleva conectada una coacción como consecuencia. La sanción es un acción impuesta por la autoridad competente, y puede consistir en la privación del sancionado de algo valioso como la vida, la libertad, la integridad física, el patrimonio, etc. Ahora bien, ¿es posible en general, y le fue a Kelsen en concreto, acotar el significado de sanción e ilícito sin articular normas prohibitivas?¹⁸.

Desde el análisis de la acción de realidad, la sanción jurídica es *higiene jurídica*, y debe buscar en la comunidad la configuración de ella misma en orden a la plenificación de la realidad humana en la que nos jugamos la 'figura' definitiva de nuestra figura de realidad. De este modo, el sentido del 'castigo' legal institucionalizado va más allá que el efecto *disuasorio* ocasional (Hobbes, Locke, Beccaria y Bentham) y el contenido *retributivo*¹⁹ (Aristóteles, Kant y Hegel); es *rehabilitador* (Platón, Rousseau)²⁰. J. Finnis vincula

¹⁶ Ibid., 85; cf. K. MARX, *Economic and Philosophical Manuscripts*, 327.

¹⁷ F. J. NIÑO MESA, 86.

¹⁸ Cf. H. R. ZULETA, *Ilícito*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 333-341; 340.

¹⁹ G. V. BRADLEY, *Retribution and the Secondary Aims of Punishment*: *The American Journal of Jurisprudence* 44 (1999) 123.

²⁰ Cf. M. A. PAULEY, *The Jurisprudence of Crime and Punishment from Plato to Hegel*: *The American Journal of Jurisprudence* 39 (1994) 97-152. Una perspectiva tanto 'retributiva' como utilitarista encuentra límites para justificar el castigo legal, cf. V. J. BOURKE, *The Ethical Justification of Legal Punishment*: *The American Journal of Jurisprudence* 22 (1977) 1-18.

dicho poder coercitivo rehabilitador de la ley penal al bien común de la comunidad²¹. Un bien común que es de todos sus miembros y abierto en cuanto a su participación en los valores básicos. De este modo, las sanciones de los derechos humanos son una respuesta a la necesidad humana de entender cuáles son los requerimientos del Derecho; el camino para seguir el bien común. En el Derecho, el recurso para esta actividad 'pedagógica' es la actuación viva de la detención (en su caso), el juicio, y el 'castigo' de aquéllos que se apartan del camino común. La actuación punitiva del Derecho es un estímulo para los recalcitrantes potenciales a quienes les cuesta atenerse a la ley como ateniéndose al bien común. Además, los derechos humanos estimulan a los miembros de la comunidad a confiar (seguridad jurídica) en que no se encuentran a merced de los delincuentes; y quien actúa ilegalmente contra aquéllos no queda tranquilamente disfrutando de sus ventajas mal obtenidas²². J. Finnis habla también de la función de 'higiene social' desde donde los derechos humanos, en su función punitiva, se ven como instrumento de protección del orden racional, de la igualdad, de la justicia entre los miembros de la sociedad. La autoridad del gobernante que se ejerce mediante el Derecho punitivo pretende estimular el bien común, el equilibrio de las cargas y los beneficios sociales de la comunidad, evitando que quien busca su propio interés, en contra del interés común, consiga sacar ventajas sobre aquéllos que se han constraído a sí mismo en la búsqueda de sus propios intereses por razón de someterse a la ley²³.

En la ARA la sanción jurídica tiene como objeto restablecer el equilibrio y el orden en la víctima que ha sido privada por la acción del delincuente; y debe ser adaptada, de modo que pueda funcionar como restauradora de la personalidad en el ofensor. Aunque tras la ofensa, ciertamente, no se puede restablecer la situación completamente como lo fue antes de cometer la infracción, la sanción del castigo busca la distribución de las ventajas y desventajas para toda la comunidad, en ciertos casos, mediante la privación de la libertad de elección del autor de dicha acción injusta, en proporción al grado de injusticia del acto cometido. Para J. Finnis, las sanciones pueden concretarse en multas o privación de libertad, pero se muestra contrario al uso de la 'ley del talión', y, en su extremo, la pena de muerte²⁴. En su opinión, la 'ley del talión' se con-

²¹ T. E. DAVITT, 73.

²² J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 262.

²³ *Ibid.*, 263; cf. J. FINNIS, *Retribution: Punishment's Formative Aim*: The American Journal of Jurisprudence 44 (1999) 91-103; cf. ID, *The Restoration of Retribution: Analysis* 32 (1972) 132-5.

²⁴ Respecto a la pena de muerte, J. Finnis muestra su posición contraria a la doctrina de Santo Tomás. Atentar contra la vida humana es atentar contra un bien básico directamente, cuando, además, la finalidad preventiva no es evidente, y queda sin realización la finalidad rehabilitadora; que es 'siempre' posible, cf. J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*; 279-284. Una línea de argumentación que es compartida por buena parte de las enseñanzas religiosas como las cristianas y budistas, cf. D. P. HORIGAN, *Of Compassion and Capital Punishment: A Buddhist Perspective on the Death Penalty*: The American Journal of Jurisprudence 41 (1996) 271-288. Como dice J. Murphy en *Retribution, Justice, and Therapy* (1979)

centra en el contenido material o las consecuencias del acto ilícito antes que en su formal injusticia (que consiste en una voluntad de preferir sin límite el interés particular al bien común, o al menos en una indisposición a esforzarse en mantenerse dentro del camino común)²⁵. Para J. Finnis, la sanción debe ser adaptada, de modo que pueda funcionar como restauradora de la personalidad razonable en el ofensor, reformándole no sólo por el interés de otros, sino por su propio interés, para que pueda conducir su vida como una vida buena y provechosa²⁶. Por ello, J. Finnis advierte del castigo injusto como un uso corrupto y abusivo de una justificada institución humana que deja de orientarse al bienestar de la comunidad²⁷.

Desde la ARE el objeto concreto de la sanción jurídica es la ejecución anti-jurídica de un tipo de acción²⁸. La ejecución es el momento de voluntad (momento causal) que se actualiza como praxis de la acción concreta (activa, pasiva (omisión)). Esta acción moral puede ser consciente o no consciente; responsable o no responsable. La doctrina suele considerar los factores de voluntariedad e intención como los necesarios para asignar responsabilidad²⁹. Ahora bien, conviene recordar aquí la distinción que X. Zubiri establece entre moralidad, conciencia y responsabilidad. En primer lugar, toda acción es moral, por ello puede ser acotada como Derecho moral. En segundo lugar, la acción humana, siendo moral, puede no tener conciencia ni responsabilidad (v. gr. las propias de un niño de dos años o ciertos tipos de disminución psíquica). En tercer lugar, una acción moral puede moverse en la conciencia sin ser responsable (v. gr. conductas negligentes). Por ello, si lo que se quiere es determinar el grado de voluntariedad en la acción que va a ser sancionada, habría que seguir el criterio de discernimiento de las acciones en general.

Por su parte, la antijuridicidad es el momento que hace la ejecución 'injustificada'. En ella se va contra la justicia como Derecho. Es el momento teleológico y comunitario de la acción injustificada. Finalmente, la ejecución anti-

242-43, la acción de la pena de muerte significa la tremenda pérdida de una 'oportunidad moral' de realización humana, que –no olvidemos– es respectiva, con lo que toda la comunidad pierde en su realización. Cf. B. CALVERT, *Aquinas on Punishment and the Death Penalty: The American Journal of Jurisprudence* 37 (1992) 259-281.

²⁵ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 264.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, 266.

²⁸ Tradicionalmente se ha entendido el delito como la acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, la mayoría de los Códigos penales no ofrecen su concepto. En la Ciencia del Derecho penal se ha entendido la acción: a) como modificación causal del mundo exterior producida por una manifestación de la voluntad; el mero impulso de la voluntad (Liszt); b) como voluntad consciente del fin (Welzel) que de esta forma pretende superar la causalidad ciega; c) como la producción de consecuencias intencionales, previsibles y socialmente relevantes por un acto voluntario (Eb. Schmidt, Engisch, Maihofer), cf. J. CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal Español* (Madrid: Tecnos, 1998) 17-50.

²⁹ Cf. G. PINCIONE, *Responsabilidad*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 343-352; 350-351.

jurídica lo es de una específica positivación: de un tipo como ‘antijuridicidad material tipificada’ (Sauer).

Con relación al método (medio) de ejecución de la sanción, para la doctrina el método de ejecutar la acción de sanción legal es plural (compulsión sobre las personas, ejecución subsidiaria, penas (sanciones penales o administrativas, indemnizaciones, apremios sobre el patrimonio)³⁰. Una de sus formas: la pena, ha extendido su realidad a otros ámbitos del Derecho. La diferencia entre la pena y los otros tipos de sanciones con frecuencia se argumenta que es meramente cuantitativa o formal (*v. gr.* sanciones disciplinario administrativas). La pena, especialmente en la tradición positivista, no es infrecuente encontrar autores que la entiendan como sanción negativa; ‘mal’ para el delincuente; la inflicción de un mal, sufrimiento, displacer. Un mal que en sentido indirecto sufre la sociedad³¹.

Desde el análisis de la ARE, sin embargo, la pena no es un mal, sino un bien para la persona y para la comunidad³²; en este sentido se puede afirmar que es un derecho humano el derecho a ser sancionado. La pena es la reconducción de la vida del sancionado, desde un dinamismo de ‘degeneración’ personal y social, hacia un dinamismo de promoción de su realidad en la comunidad. Lo que caracteriza esta reconducción es la propia razón de ser de la pena, o la sanción jurídica en general.

Atendiendo al dinamismo de toda acción concreta de realidad, se pueden diferenciar tres momentos en la ejecución de la sanción: a) la restricción de derechos (*v. gr.* libertad); b) la reparación-reincorporación; c) y la reeducación. El primer momento lleva a la comunidad a asumir la tutela de ciertos derechos que la persona ejerce contra el bien común (personal o comunitario). Para ello habrá de utilizar el ‘poder’, en la mayoría de las ocasiones con objeto de ‘imponer’ su voluntad. La reparación-reincorporación es la teleología que da sentido a la pena. Como restablecimiento del diálogo comunitario tiene una doble función: a) remodela la figura humana del sancionado mediante la materialización de la reparación del mal causado, y b) remodela la figura de realización de la comunidad que sufre el mal, reincorporando al sancionado. Sin embargo, sin el éxito en el tercer momento de reeducación no habrá garantía alguna en lo que se entiende por rehabilitación social. La reeducación supone el proceso comunicativo de análisis e investigación racional entre la comunidad y el sancionado. Ello con el fin de que éste confirme libremente el error de la acción sancionable, y, en un segundo momento, que se encuentre la causa última que explique el hecho, así como la ‘terapia’ humana que permita la maduración moral y legal de la persona en su ARE. La ‘higiene’ o terapia

³⁰ A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 163.

³¹ Cf. J. BETEGÓN, *Sanción y coacción*; F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 355-365; 356.

³² Cf. L. GARCÍA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998) 28.

jurídica implicará el uso de las demás ciencias para promocionar armónicamente alguno, o los tres momentos afectados por el mal sancionado. De este modo, puede significar promoción de la voluntad orientada hacia el amor a la verdad de la realidad mundial. También puede significar la reordenación de la intelección hacia la libertad de la justicia, y, finalmente, la reordenación del sentimiento hacia la libertad de la verdad.

Llegados a esta altura, una vez que hemos analizado la positivación, el contenido y el modo de ejecución de los DH, se puede pretender una formulación de los mismos que recoja esos momentos. En la reflexión jurídica se han dado diversas definiciones cada una con su enfoque particular; una próxima a la afirmación que aquí defendemos es la ofrecida por A. E. Pérez Luño, para quien los derechos humanos son: "*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*"³³. Sin embargo, desde el análisis que venimos realizando de la ARE hay que afirmar: a) los derechos humanos no son facultades sino momentos positivados del dinamismo de realidad del hombre como animal de realidades; b) ciertamente los derechos humanos concretan la dignidad, ahora bien, la libertad y la igualdad son contenido de la misma y no adición; c) finalmente, la dignidad requiere, además de los dos momentos mencionados, al momento de verdad para estar completa en su contenido como realidad humana. Hechas estas puntualizaciones, nuestra formulación reza como sigue: *los derechos humanos son la positivación por la comunidad de la verdad, el amor (igualdad) y la libertad coactivamente autoexigibles por sanción jurídica.*

Para la ARE, los DH son derechos de la persona en comunidad mundial e histórica que positiván el dinamismo tridimensional moral de la realidad humana. Son derechos que pertenecen al ser humano por el mero hecho de ser hombre, y participar de la naturaleza humana; por ser realidad humana. Los caracteres que históricamente se les ha reconocido a los DH son su condición de imprescriptibles, inalienables³⁴, irrenunciables, universales³⁵, y absolutos³⁶. Son derechos independientes de la edad, condición, raza, sexo o religión y constituyen una realidad jurídica básica común a todos los hombres. Desde la ARE se puede afirmar, además, que los derechos humanos son: *morales, dinámicos y respectivos*. La moralidad lo es de la universalidad de la acción de realidad como acción moral de realidad; esto es lo 'invariante'

³³ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 48.

³⁴ Cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, *o. c.*, 70; W. K. FRANKENA, *Natural and Inalienable Rights: Philosophical Review* 66 (April, 1955) 212-32.

³⁵ J. RODRÍGUEZ-TOUBES, *o. c.*, 65-69.

³⁶ Algunos autores defienden el carácter absoluto de los derechos respecto a un núcleo básico reducido como es la libertad de conciencia, el derecho a una vida digna, la vida civilizada y la condición del hombre como persona, cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, *o. c.*, 69-70.

mientras exista animal de realidades³⁷. El carácter dinámico lo es de una comunicación histórica y mundanal: el carácter 'progresivo' de la realidad. Y la respectividad de los derechos humanos es el necesario 'recubrimiento' de unos con otros en su realización sin posibilidad de escindirlos, salvo que se quiera degradar la realización humana.

³⁷ Sobre la moralidad de los derechos humanos hay posiciones distintas. Entre los autores que los reconocen como morales se puede mencionar a Eusebio Fernández, Francisco Laporta, Carlos Nino, Juan Ramón de Páramo y Alfonso Ruíz Miguel. Entre quienes niegan esta identificación destaca G. Peces-Barba. Para un acercamiento a la polémica al respecto en España, cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, *o. c.*, 72-81.