

La fundamentación de los derechos esenciales, fundamentales o humanos y su concepto	9
I. Filosofía, ideología y ciencia de los derechos humanos	9
II. Fundamentación de los derechos humanos o derechos fundamentales y su concepto	10

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS ESENCIALES, FUNDAMENTALES O HUMANOS Y SU CONCEPTO

I. FILOSOFÍA, IDEOLOGÍA Y CIENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito de los derechos humanos es posible reconocer cognitivamente tres dimensiones: una filosofía, una ideología y una ciencia de los derechos humanos o derechos fundamentales.

- a) La filosofía de los derechos humanos es, como señala Bidart Campos, “una filosofía político jurídica, y una filosofía que alberga una estimativa axiológica, una deontología o una dikelogía que viene a anudarse... con la filosofía de los valores”.³ Ello implica el estudio de los derechos humanos como valores fundamentales que concretizan la dignidad de la persona humana y las exigencias éticas de libertad, igualdad y paz en la vida en sociedad. Esta filosofía de los derechos humanos contribuye significativamente a bosquejar una forma de organización de la sociedad política, que es la democracia contemporánea. En efecto, la democracia de nuestros días tiene su base fundamental y sustantiva en el aseguramiento, respeto, promoción y garantía de los derechos esenciales o derechos humanos.
- b) La ideología de los derechos humanos constituye la concepción e idea de derecho que inspira una sociedad política de tipo personalista y una concepción de Estado instrumentalista que, organizada en un sistema o régimen político democrático, asegura y otorga efectividad sociológica a tales derechos.

³ Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, p. 46.

La ideología se interrelaciona con la filosofía de los derechos humanos en cuanto esta última posibilita la concreción de sus principios en el mundo jurídico político.

- c) La ciencia de los derechos humanos ha sido conceptualizada por René Cassin como “una rama particular de las ciencias sociales, que tiene como objeto estudiar las relaciones entre los hombres en función de la dignidad humana, determinando los derechos y las facultades necesarias en conjunto para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano”,⁴ y nosotros agregaríamos de todo ser humano y de todos los seres humanos.

Esta ciencia se ha denominado también “derecho de los derechos humanos” (law of human rights), que es aquel ámbito del derecho general que tiene por objeto el estudio y análisis de los derechos humanos o derechos fundamentales.⁵

II. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CONCEPTO

En nuestra opinión, es necesario considerar conjuntamente el tema del fundamento y del concepto de los derechos humanos. El fundamento responde a la pregunta del porqué de los derechos humanos, mientras que el concepto responde a la pregunta del para qué de los derechos humanos, sobre todo en una perspectiva dinámica, con lo cual coincidimos con Peces-Barba⁶ y Prieto.⁷

Asimismo, la fundamentación y la protección de los derechos fundamentales, aunque constituyen temas diferentes, ya que el primero es filosófico y el segundo de carácter jurídico-político, no se pueden presentar completamente diferenciados. Por tanto, en otro acápite de este capítulo consideraremos la forma de proteger los derechos, pero teniendo presente que una de las formas de protegerlos es respaldándolos con buenos fun-

4 Cassin, René, *Derechos fundamentales*, traducción de Peces-Barba, Gregorio, p. 80.

5 Véase Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, p. 113.

6 Peces-Barba, Gregorio, *Cursos de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, 1995, pp. 102-105.

7 Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 18.

damentos a la hora de defenderlos. Esta defensa es un auténtico desafío moral en nuestra época y un elemento fundamental para la realización de la justicia en el ámbito del derecho y para la legitimación del poder político en la sociedad contemporánea.

1. *Fundamentación iusnaturalista u objetivismo jurídico*

Esta teoría sostiene la existencia de un derecho natural, consistente en un ordenamiento universal que se deduce de la naturaleza humana, de donde se derivan derechos naturales como facultades que ostenta la persona como reflejo de un cierto orden normativo natural.⁸

Passerin d'Entréves señala la importancia e influencia de la concepción iusnaturalista en las ideas y en la práctica histórica occidental durante estos dos milenios.⁹

Diversos autores muestran la diversidad de orientaciones en el desarrollo del derecho natural o concepción iusnaturalista, entre ellos, Antonio Truyol distingue entre un iusnaturalismo platónico-aristotélico, un iusnaturalismo estoico, un iusnaturalismo trascendente o teológico, un iusnaturalismo racionalista, un iusnaturalismo metafísico historicista, un iusnaturalismo neokantiano y un iusnaturalismo axiológico.¹⁰

Para el análisis que nos interesa de los derechos humanos reduciremos dicha clasificación a tres ámbitos, que nos parecen los adecuados, pese a la discrecionalidad que supone toda clasificación. Una primera corriente iusnaturalista ontológica, que puede denominarse también aristotélico-tomista o teológica y que incluye el neotomismo contemporáneo; la segunda corriente constituye el iusnaturalismo racionalista y del contrato social, incluyendo las concepciones neocontractualistas; y una tercera corriente que puede considerarse como iusnaturalismo deontológico, ético o axiológico.

8 Véase Fernández Galiano, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho...*, op. cit.

9 Passerin D'Entréves, A., *La doctrina del diritto naturale*, op. cit., p. 13.

10 Truyol, Antonio, "Fundamento de derecho natural", *Nueva enciclopedia seix*, Barcelona, 1954, pp. 12 y 13, cit. por Peces-Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Debate, 1984, p. 209.

A. *La corriente del derecho natural ontológico que se concreta en las concepciones tomistas y neotomistas*

En estas concepciones parte de una ontología como ciencia del ser que reconoce los fundamentos metafísicos del orden moral, creando un orden natural objetivo y trascendente de contenido ético que participa del orden de la ley eterna, abarcador de todo el universo (Santo Tomás de Aquino).

Es en este orden natural y objetivo donde tienen sus raíces los derechos humanos o fundamentales, el cual es accesible al conocimiento humano a través de la recta razón. El ser (natural) del derecho (natural) se constituye como deber ser del derecho (positivo).

El modelo iusnaturalista aristotélico-tomista o teológico tiene en Santo Tomás de Aquino su expresión de mayor lucidez, como señala Antonio Truyol, “fruto de una maravillosa labor de síntesis que supo armonizar elementos que a otros parecían inconciliables, y de un equilibrio metodológico, en el que ordenadamente conviven la especulación racional y la investigación personal, el sistema de Aquinatense ha gravitado luminosamente sobre el pensamiento católico posterior”.¹¹

En la misma línea, Passerin D’Entrèves nos señala: “Esta función completamente nueva de la idea del derecho natural no aparece en ningún lugar tan patente como en las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino. Él es el máximo representante de la filosofía medieval, a la par que el pensador más constructivo y sistemático de la Edad Media”, agregando: “por tanto podemos elegir sin escrúpulos la teoría del derecho natural de Santo Tomás como la mejor ilustración del papel que aquella noción estaba llamada a desempeñar en uno de los grandes periodos constructivos de la civilización occidental”.¹²

Santo Tomás, en la Suma teológica, determina los conceptos de ley eterna, ley natural y ley positiva, señalando:

hemos dicho ya que la ley no es otra cosa sino el dictamen de la razón práctica de parte del soberano que gobierna una sociedad perfecta. Pero es claro que siendo el mundo gobernado por la providencia divina, toda la comunidad del universo está regida por la razón de Dios, y por consiguiente la misma razón que gobierna todas las cosas tiene carácter de ley, siendo

11 Truyol, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, 1975, t. I, p. 342.

12 Passerin D’Entrèves, *Derecho natural*, Madrid, Aguilar, 1972, p. 46.

de Dios como de un soberano del Universo, y ya que la razón deriva no concibe nada en el tiempo sino sólo en la eternidad, como se dice en el Libro de los Proverbios (8.23), de ahí se sigue que hemos de llamar eterna dicha ley... Por tanto, dado que todas las cosas gobernadas por la razón están sujetas a la regla y medida de la ley eterna... es claro que todas las cosas participan de la ley eterna, en cuanto la llevan impresa en sus inclinaciones a los propios actos y fines. Y entre las demás criaturas, el hombre está dirigido de un modo más excelente por la divina providencia, en cuanto el mismo cae bajo la dirección de la providencia, y a la vez dirige las cosas para su propio bien y el de los demás. De ahí que el hombre participa de la razón eterna, por la cual se inclina naturalmente el debido orden de sus actos y de su fin. Y tal participación en la ley eterna en la criatura racional es lo que llamamos ley natural... La ley natural no es otra cosa sino la participación de la ley eterna en la criatura racional... A partir de los preceptos de la ley natural que son los principios comunes e indemostrables, la razón humana ha de proceder a obtener leyes más particulares. Y estas determinaciones particulares encontradas según el proceso de la razón humana se llaman leyes humanas.¹³

Así, la ley natural y la ley humana se encuentran ordenadas a la ley divina o eterna, fundándose todo el ordenamiento en la autoridad de Dios. Así, el ser del derecho natural, que es la participación del hombre en el orden general instaurado por Dios, se convierte en el deber ser del derecho positivo.

El verdadero derecho es el derecho natural; el derecho positivo lo es de forma derivada, y sólo en la medida en que es coherente y armoniza con el criterio de justicia instituido por el derecho natural. Así, las normas del derecho positivo que no se ajustan al derecho natural no es derecho legítimo ni válido. Al respecto, Santo Tomás señala:

Como dice Agustín en *Del Libre Albedrio*, libro I, capítulo 5, “no parece ser ley la que no sea justa”. Por tanto, una ley tiene fuerza en tanto en cuanto es justa. Y en las cosas humanas se dice que algo es justo en cuanto es recto según la regla de la razón. Pues la razón es la primera norma de la ley como se ha dicho. De ahí se sigue que toda ley humana en tanto es ley en cuanto se deriva de la ley natural. Mas si en algún caso una ley se contrapone a la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley.¹⁴

13 Aquino, Tomás de, *Tratado de la ley, I, II*. Cuestión 91, artículos 1o.-3o.

14 *Ibidem*, artículo 2o.

El iusnaturalismo tiene el valor indesmentible de centrar la preocupación en el vínculo entre derecho y moral y de reflexión sobre la justicia.

Dentro del iusnaturalismo del siglo XX pueden considerarse, además, entre otros, y J. Messner, a Heinrich Rommen, a Michael Villey, a Jacques Lechercq, a Giorgio del Vecchio, a Legaz y Lacambra, a Jacques Maritain.

Para Heinrich Rommen, del derecho natural forma parte del orden moral, siendo la parte de dicho orden que rige la convivencia social en orden a la concreción de la justicia y el bien común. Esta parte del orden moral se concreta en un conjunto mínimo de normas fundamentales, de las cuales dos de ellas son las fundamentales, la de dar a cada uno lo suyo y el no dar a las otras personas. De estas normas, por inferencia lógica, se van deduciendo otras (véase *El derecho natural y la historia*).

En la perspectiva neotomista contemporánea puede señalarse destacadamente a Jacques Maritain, para quien:

El valor de la persona, su libertad, sus derechos, surgen de las cosas naturalmente sagradas que llevan la seal del padre de los seres y tienen en sí el término de su movimiento. La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización; su patria espiritual es todo el universo de los bienes que tienen valor absoluto, y que reflejan, en cierto modo, un absoluto superior al mundo, hacia el cual tienden.¹⁵ Esta descripción, señala Maritain, no es monopolio de la filosofía cristiana, siendo “común a todas las filosofías que, de una u otra manera, reconocen la existencia de un absoluto superior al orden de todo el universo, y el valor supratemporal del alma humana.¹⁶

Esta persona reclama la vida en sociedad, la vida política, en una sociedad de personas humanas, en un todo de todos, en la medida en que cada persona es un todo que tiene libertades e independencia. La sociedad política tiene un fin o bien propio que es el bien común, el cual se perverte si no contribuye al desarrollo de las personas.

Para Maritain, el derecho natural “es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico”.¹⁷

15 Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, La pleyade, 1972, p. 13.

16 *Ibidem*, op. cit., pp. 13 y 14.

17 *Ibidem*, op. cit., p. 65.

Esto significa que hay “en virtud de la propia naturaleza humana, un orden a una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita, o el derecho natural, no es otra cosa que esto”.¹⁸

La naturaleza deriva de Dios, y la ley no escrita deriva de la ley eterna, que es la sabiduría creadora.

En todo caso, basta “creer en la naturaleza humana y en la libertad del ser humano para estar persuadido de que hay una ley no escrita, para saber que el derecho natural es algo real en la orden moral como las leyes del crecimiento y la senilidad en el orden físico”.¹⁹

Maritain precisa que “el único conocimiento práctico que todos los hombres tienen natural e infaliblemente en común es que es preciso hacer el bien y evitar el mal. Éste es el preámbulo y el principio de la ley natural, pero no es la ley misma”.

En este ámbito, Maritain actualiza a Santo Tomás en la *Summa Teológica* cuando señala este último que el primer principio de la razón práctica y de la ley natural es que “el bien hay que hacerlo y perseguirlo y el mal evitarlo”;²⁰ así toda persona que llega al uso de razón, en cuanto desee formular un juicio, ya tendrá presentes las nociones de bien y mal en el campo de acción de su entendimiento, que son anteriores al acto de juzgar.

Maritain precisa así que “la ley natural es el conjunto de cosas que deben hacerse o no hacerse, que surgen de una manera necesaria del solo hecho de que el hombre es hombre, en ausencia de toda otra consideración”.²¹

Las personas pueden errar y tener un conocimiento imperfecto o defectuoso, o actuar con pasión que afecte su entendimiento, actuando mal o cometiendo graves crímenes, pero ello nada prueba en relación con la ley natural, como las fallas de una persona al sumar nada prueba contra la arit-

¹⁸ *Ibidem*, op. cit., p. 67.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Summa Teológica*, I, II, 94, 2c.

²¹ Maritain, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, La playada, 1972, p. 68.

mética. En efecto, “la ley natural es una ley no escrita. El conocimiento que de ella tiene el hombre ha crecido poco a poco con los progresos de la conciencia moral”,²² agregando que:

el conocimiento que los hombres han tenido de la ley no escrita ha pasado por más formas y estados diversos que los que hubieran creído ciertos filósofos o teólogos. El conocimiento de esta ley que tiene nuestra conciencia moral es, sin duda, aún imperfecto, y es probable que se desarrolle y afirme en tanto dure la humanidad. El derecho aparecerá en su flor y su perfección cuando el Evangelio haya penetrado hasta el fondo de la substancia humana.²³

La ley natural y la luz de la conciencia moral reconocen, asimismo, los derechos vinculados a la misma naturaleza del hombre. “La persona humana tiene derechos por el hecho de ser una persona, un todo dueño de sí y de sus actos, sino un fin; un fin que debe ser tratado como tal. La dignidad de la persona humana: esta frase no quiere decir nada si no significa que debe ser respetada y, sujeto de derecho, posee derechos”.²⁴

Así, los derechos humanos se derivan de la dignidad de la persona humana, y ésta se funda en la ley natural. “La verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa, pues, sobre la idea de la ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales, y en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales”.²⁵

La conciencia de los derechos de la persona tienen su origen, dirá Maritain “en la concepción del hombre y del derecho natural establecida por siglos de filosofía cristiana”.²⁶

En definitiva,

los derechos fundamentales como el derecho a la existencia y a la vida el derecho a la libertad de la persona o derecho a conducir la vida como dueño de sí mismo y de sus actos, responsable de éstos ante Dios y ante la ley de la ciudad, el derecho a la búsqueda de la perfección de la vida humana, moral y racional y, el derecho a la búsqueda del bien eterno, el derecho a

22 Maritain, Jaques, *op. cit.*, p. 69.

23 *Idem.*

24 Maritain, Jacques, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 70.

25 *Idem.*

26 *Ibidem*, p. 84.

la integridad corporal, el derecho a la propiedad privada de los bienes materiales, que es una salvaguarda de las libertades de la persona, el derecho a casarse según la propia elección, y de fundar una familia con la seguridad de las libertades que le son propias, el derecho de asociación, el respeto a la libertad humana de cada uno, representa o no un valor económico para la sociedad, todos estos derechos arraigan en la vocación de la persona, agente espiritual y libre, al orden de los valores absolutos y a un destino superior al tiempo.²⁷

Maritain se refiere también a los derechos de la persona cívica que dependen indirectamente del derecho natural y surgen de la constitución fundamental de la sociedad política. El hombre reclama naturalmente llevar una vida política y participar activamente en la vida de la comunidad política. “Las libertades políticas y los derechos políticos... reposan sobre este postulado de la naturaleza humana”.²⁸

En efecto, si la autoridad política tiene la función de dirigir a una sociedad de hombres libres hacia el bien común, “es normal que esos hombres libres escojan por sí mismos quiénes tendrán la función de dirigirlos: es ésta la forma más elemental de la participación activa en la vida política”.²⁹ El sufragio universal, la elección de los dirigentes del Estado, la asociación en partidos políticos, la igualdad política, la igualdad ante la ley, la igual admisibilidad de todos los ciudadanos a los empleos públicos sin discriminación.

La obra de Maritain se refiere también al reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito social, económico y cultural. Sin perjuicio de ello, la preocupación central se manifiesta respecto de los derechos del ser humano en la función del trabajo,

la adquisición de conciencia de una dignidad humana ofendida y humillada, y la adquisición de conciencia de la misión del mundo obrero en la historia moderna. Significa la ascensión hacia la libertad y la personalidad, tomada en su realidad interior y en su expresión social, de una comunidad de personas, de la comunidad a la vez más próxima a las bases materiales de la vida humana y más sacrificada, la comunidad del trabajo manual, la comunidad de las personas humanas afectadas a este trabajo,³⁰ en definitiva, “la

27 *Ibidem*, pp. 83 y 84.

28 *Ibidem*, p. 88.

29 *Ibidem*, p. 88.

30 *Ibidem*, pp. 94 y 95.

adquisición histórica de que hablamos, es la adquisición de la conciencia de la dignidad del trabajo y de la dignidad obrera, de la dignidad de la persona humana en el trabajador como tal”,³¹ lo que requiere tomar forma en el derecho a un salario justo, el derecho a un título de trabajo (estabilidad y progreso en la actividad laboral), en un sistema de cogestión y copropiedad (en que el trabajador participa de la gestión de la empresa), la libertad sindical, asociaciones profesionales, la estructuración de toda la organización de la economía sobre un principio estructural y cooperativo, derecho a la asistencia en caso de miseria, enfermedad, vejez y desocupación.³²

Maritain concluye este análisis, señalando que “el progreso marcha en el sentido de la emancipación humana, no solamente en el orden político, sino también en el orden económico y social”, donde las diversas formas de servidumbre sean abolidas, “lo cual supone no solamente el paso a estados de organización mejores, sino asimismo el paso a una conciencia mejor de la dignidad de la persona humana en cada uno de nosotros, y de la primacía del amor fraternal entre todos los valores de nuestra vida. De este modo avanzaremos hacia la conquista de la libertad”.³³

Jacques Maritain señala:

se trata de establecer la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción.³⁴

El mismo Maritain dirá que:

toda justificación racional de la idea de los derechos del hombre, así como la idea del derecho en general, exige que hallemos en sus verdaderas connotaciones metafísicas, en su dinamismo realista y en la humildad de sus relaciones con la naturaleza y la experiencia, la noción de la ley natural, desfigurada por el racionalismo del siglo XVIII. Nos percatamos entonces de que determinado orden ideal, arraigado en la naturaleza del hombre y de la socie-

31 *Ibidem*, p. 95.

32 *Ibidem*, pp. 96 y 111.

33 *Ibidem*, p. 108.

34 Maritain, Jacques, *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*, Madrid, Debate, 1991, p. 116.

dad humana, puede imponer exigencias morales, por doquier válidas en el mundo de la experiencia, de la historia y del hecho, y crear, por igual para la conciencia y para la ley escrita, el principio permanente y las normas primeras y universales del deber.³⁵

Maritain, en el prólogo a *Los derechos del hombre*, investigación de la UNESCO realizada en 1947, señalaba que:

la adopción o el rechazo de la ley natural como fundamento de los derechos del hombre dividía en dos grupos opuestos las opiniones sobre dicho fundamento..., para los primeros, el hombre, en razón de las exigencias de su esencia, posee ciertos derechos fundamentales e inalienables anteriores (por su naturaleza) y superiores a la sociedad, y por ella misma nace y se desarrolla la vida social, con cuantos derechos y deberes implica. Para los segundos, el hombre, en razón del desarrollo histórico de la sociedad se ve revestido de derechos de continuo variables y sometidos al flujo del devenir y que son el resultado de la sociedad misma, a medida que progresa a compás del movimiento de la historia.

Para J. Maritain, el contraste entre las dos es “irreductible y no admite conciliación en el plano teórico”, pero ella:

podría, primero, atenuarse algo, siempre y cuando que por los partidarios de la ley natural se subraye que, si bien ciertos derechos fundamentales responden a una exigencia inicial de esta ley y otros derechos a una exigencia posterior e incluso a un simple anhelo de esta última, nuestro conocimiento de unos y otros queda en todo el caso sometido a un desarrollo lento y azaroso, por lo cual sólo emergen como reglas de conducta reconocidas a medida y en virtud del progreso de la conciencia moral y del desarrollo histórico de las sociedades; y siempre y cuando que por los adversarios de la ley natural se recalcará que, si bien hay derechos que aparecen como función de la evolución de la sociedad, en cambio, otros derechos más primitivos aparecen como función de la misma existencia de la sociedad.³⁶

La concepción neotomista se ve reflejada en la doctrina social de la Iglesia católica, a través de las encíclicas sociales, constituyendo la encíclica *pacem in terris* del papa Juan XXIII, establecida en 1963, una muestra representativa. Dicha encíclica señala:

³⁵ *Ibidem*, p. 10.

³⁶ Maritain, Jaques, *Prólogo a los derechos del hombre*, Barcelona, Laia, 1973.

En toda convivencia humana bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que por lo tanto de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables.

Asimismo, el papa Pablo VI, en su mensaje al presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas con ocasión del XXV aniversario de la Declaración Universal de los derechos humanos (10 de diciembre de 1973), realizó una firme defensa de los Derechos Humanos, en los siguientes términos:

Impulsado por la conciencia de nuestra misión, que consiste en hacer presente, vivo y actual el mensaje de salvación proclamado por Cristo, no hemos dejado de afirmar repetidas veces, a lo largo de nuestro pontificado, nuestra adhesión moral a las actividades de las Naciones Unidas en favor de la justicia, la paz y el desarrollo de todos los pueblos.

Al disponerse esa ilustre Asamblea internacional a celebrar el XXV aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, queremos aprovechar la ocasión una vez más para expresar nuestra gran confianza y, al mismo tiempo, nuestra firme conformidad por el empeo de la Organización de las Naciones Unidas en favor de la promoción cada vez más concreta, más autorizada y más eficaz, del respeto de los derechos fundamentales del hombre.

Como dijimos en otra circunstancia, la Declaración de los Derechos Humanos “sigue siendo para nosotros uno de los timbres de gloria más hermosos” de vuestra Organización (Mensaje con ocasión del XXV aniversario de la Organización de las Naciones Unidas, AAS 62 1970, p. 684), especialmente si se tiene en cuenta la importancia que le corresponde como camino seguro para la paz. En realidad, la paz y el derecho son dos bienes relacionados directa y recíprocamente como causa y efecto: no puede haber paz verdadera donde no se respeten, se defiendan y se promuevan los derechos humanos. Si esta promoción de los derechos de la persona humana lleva a la paz, la paz por su parte favorece su realización.

El Papa Pablo VI en dicha Carta agrega:

La Iglesia, preocupada en primer lugar por los derechos de Dios —dijimos el año pasado al secretario general, señor Kurt Waldheim—, no podrá desinteresarse nunca de los derechos del hombre, hecho a imagen y semejanza

de su Creador. La Iglesia se siente herida cuando los derechos humanos, cualesquiera y dondequiera que sea, se ignoran y se violan (AAS 64, 1972, p. 215).

Por eso la Santa Sede presta su pleno apoyo moral al ideal común contenido en la Declaración Universal, así como al aquilatamiento progresivo de los derechos humanos que en ella se formulan.

Los derechos del hombre se fundan en la dignidad reconocida de todos los seres humanos, en su igualdad y fraternidad. El deber de respetar estos derechos tiene carácter universal. La promoción de tales derechos es factor de paz; su violación es causa de tensiones y trastornos, incluso a nivel internacional.

Si los estados tienen interés en cooperar en el campo de la economía, de la ciencia, de la tecnología y de la ecología, lo tienen todavía más en colaborar para proteger y promover los derechos del hombre, y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas los compromete expresamente a ello.

A veces se objeta que esta colaboración de todos los estados para promover los derechos humanos constituye una injerencia en los asuntos internos. Pero, acaso no es verdad que el medio más seguro con que cuenta el Estado para evitar intromisiones del exterior es precisamente reconocer y asegurar él mismo en los territorios de su jurisdicción el respeto de los derechos y libertades fundamentales?

Sin querer entrar en los pormenores de cada una de las fórmulas de la famosa Declaración, pero teniendo en cuenta lo elevado de su inspiración y el texto en su conjunto, podemos afirmar que sigue siendo la expresión de una conciencia más madura y más exacta de los derechos de la persona humana. Continúa representando la base firme del reconocimiento para cada hombre de un derecho de ciudadanía honorable en la comunidad de los pueblos.

Sería verdaderamente lamentable para la humanidad que una proclamación tan solemne se redujese a un vano reconocimiento de valores o a un principio doctrinal abstracto, que quedara sin aplicación concreta y cada vez más coherente en el mundo contemporáneo, como S. E. justamente sealó al hacerse cargo de la presidencia de esa Asamblea.

Sabemos perfectamente que, por lo que se refiere a los poderes públicos, esta aplicación no se logra sin dificultades, pero es necesario emplear al mismo tiempo todos los medios para asegurar el respeto y la promoción de tales derechos por parte de quienes tienen el poder y el deber de hacerlo, y, a la vez, para desarrollar más cada vez en las personas la conciencia de los derechos y de las libertades fundamentales del hombre. Es preciso recurrir a la colaboración de todos, a fin de que estos principios los respeten “todos, en todas partes y en beneficio de todos” (mensaje a la Conferencia

de Teherán, con ocasión del XX aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos, AAS 60, 1968, p. 285). ¿Es realmente posible, sin grave peligro para la paz y la armonía de los pueblos, permanecer insensible frente a tantas violaciones graves y a menudo sistemáticas de los derechos humanos, tan claramente proclamados en la Declaración, como universales, inviolables e inalienables?

No podemos ocultar nuestra fuerte preocupación en vista de la persistencia o agravamiento de situaciones que lamentamos profundamente; por ejemplo, la discriminación racial o étnica, los obstáculos para la autodeterminación de los pueblos, las repetidas violaciones del sagrado derecho a la libertad religiosa en sus distintos aspectos y la falta de un acuerdo internacional que la ampare y determine sus consecuencias, la represión de la libertad de expresar las opiniones sanas, el trato inhumano a los prisioneros, la eliminación violenta y sistemática de los adversarios políticos, las restantes formas de violencia, y los atentados contra la vida humana, particularmente en el seno materno. A todas las víctimas silenciosas de la injusticia, prestamos nuestra voz para protestar y suplicar. Pero no basta con denunciar, por lo demás a menudo demasiado tarde y de manera ineficaz: es preciso también analizar las causas profundas de estas situaciones y comprometerse decididamente a afrontarlas y resolverlas correctamente.

A pesar de todo, es alentador comprobar la sensibilidad que los hombres de nuestro tiempo muestran con relación a los valores fundamentales contenidos en la Declaración Universal. En efecto, la multiplicación de denuncias y reivindicaciones, no es acaso signo sintomático de esta creciente sensibilidad ante la multiplicación de los atentados contra las libertades inalienables del hombre y de las colectividades?

Con gran interés y viva satisfacción hemos sabido que la Asamblea General, con ocasión del XXV aniversario de la Declaración Universal, va a celebrar una sesión especial, en el curso de la cual se proclamará el decenio de lucha contra el racismo y la discriminación racial. Esta iniciativa, eminentemente humana, encontrar aunadas, una vez más, a la Santa Sede y a las Naciones Unidas —aunque en planos diferentes y con distintos medios— en un esfuerzo común para defender y proteger la libertad y la dignidad de todos los hombres, y en todos los grupos, sin distinción alguna de raza, color, lengua, religión o condición social.

Queremos subrayar también en este mensaje el valor y la importancia de los demás documentos aprobados ya por las Naciones Unidas y referentes a los derechos humanos. Inspirados en el espíritu y los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suponen un paso hacia adelante en la promoción y en la protección concreta de varios de esos derechos, cuya aplicación escrupulosa y fiel quieren garantizar. Su ratificación les asegurará la eficacia en el plano nacional e internacional, la

Santa Sede, por su parte, presta su adhesión moral y ofrece su apoyo a los encomiables y legítimos ideales que los inspiran.

Si los derechos fundamentales del hombre constituyen un bien común de toda la humanidad en camino hacia la conquista de la paz, es necesario que todos los hombres, cobrando conciencia cada vez más clara de esta realidad, tengan bien presente que, en este campo, hablar de derechos es también enunciar deberes.

Renovamos nuestros votos a vuestra noble e insigne Asamblea, con la confianza de que continuar promoviendo infatigablemente entre las naciones el respeto y la aplicación de los principios enunciados solemnemente en la Declaración Universal, esforzándose sinceramente para convertir la familia humana en una comunidad mundial de hermanos, donde todos los hijos de los hombres puedan llevar una vida digna de hijos de Dios (Vaticano, 10 de diciembre de 1973).

B. *La corriente del iusnaturalismo racionalista y las teorías del contrato social*

Estas teorías son construcciones puramente hipotéticas o analíticas.

Las teorías contractualistas constituyen construcciones teóricas que tienen por objeto explicar la existencia de la sociedad política con base en un pacto o un contrato que se concretaría en el origen de la sociedad en forma de un acto jurídico revestido de conformidad voluntaria o aceptación de las personas.

Respecto de las concepciones contractualistas hay diversas versiones, las que Kliemt clasifica en versiones puramente explicativas, versiones explicativo-legitimantes y versiones puramente legitimantes de la concepción básica.³⁷

A su vez, como señala Matteucci, hay tres niveles del discurso contractualista: uno es el de aquellos que sostienen que el pasaje del estado de naturaleza al estado de sociedad es un hecho histórico realmente acontecido; otros consideran al estado de naturaleza como una simple hipótesis lógica, con el objetivo de crear la idea racional o jurídica de Estado como debe ser, dándole un fundamento a la obligación política en el consenso de las personas a una autoridad que los represente; finalmente, otro sector ve

37 Kliemt, Hartmut, *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, op. cit., pp. 59 y ss.

en el contrato social únicamente un instrumento de acción política que tiene por objeto imponer límites a quienes detentan el poder.³⁸

a. El contractualismo clásico

En el contractualismo clásico de los siglos XVII y XVIII el contrato social tiene por objeto proteger derechos naturales, como señala Eusebio Fernández:

el poder político nacido del pacto social va a obtener la legitimidad de su origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y protección de unos derechos naturales cuya procedencia se encuentra en una situación presocial o estado natural, y cuya justificación filosófica se halla en la existencia de un derecho deducido de la naturaleza natural del hombre, anterior en el tiempo a todo Derecho elaborado por las sociedades políticas realmente existentes y superior cualitativamente a las leyes positivas, tan superior que les otorga su validez moral y jurídica.³⁹

Ello es comprobable en H. Groccio; S. Pufendorf; B. Spinoza; J. Locke; J. J. Rousseau; E. Kant, entre otros.

Para Hugo Groccio, el *ius* denota “una cualidad moral, ligada a la persona, en virtud de la cual se puede legítimamente tener o hacer ciertas cosas”,⁴⁰ el cual se convierte en una facultad sobre sí mismo o libertad y un poder sobre los otros o dominio, confundándose con la facultad de exigir lo que es debido. Este derecho-facultad es un “derecho natural”,⁴¹ que consiste en ciertos principios de la recta razón “que nos permiten conocer que una acción es moralmente honesta o deshonesta, según su correspondencia o no con una naturaleza razonable o sociable”.⁴²

38 Matteucci, Nicola, “Contractualismo”, *Diccionario de política*, 2a. ed., Madrid, Siglo XXI Editores, 1981, p. 408.

39 Fernández, Eusebio, “El contractualismo clásico (siglo XVII y XVIII) y los derechos naturales”, *Anuario de derechos humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 2, 1983, p. 96.

40 Groccio, Hugo, *Del derecho de la guerra y la paz*, libro I, capítulo 1.

41 *Ibidem*, *De iure belli ac pacis*, I, I, núm. 10.5.

42 *Ibidem*, núm. 10.1.

Para Hugo Grocio, en la universalidad del derecho natural surge el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la tolerancia religiosa.⁴³

S. Pufendorf, en su obra *De jure natural et gentium* (1672), desarrolla la teoría de los *entia moralia*, en la que afirma el concepto de derecho, que implica obligación e imputación. A su vez, Pufendorf considera que los deberes del hombre y del ciudadano son obligaciones de todos los seres humanos a los dictámenes de la *lex naturalis*. Así, el derecho natural expresa una “regla de razón destinada de conformidad con la ley natural divina, a dotar de orden y sentido a la acción colectiva de los hombres”.⁴⁴

Para Pufendorf, todas las personas, de acuerdo con el derecho natural, tienen derecho a un tratamiento igual, el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal y moral, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho de propiedad privada.⁴⁵

B. Spinoza señala que los derechos parten del derecho natural intrasferible al Estado, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida, a la integridad física y a la seguridad, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión.⁴⁶

Para Locke, la naturaleza humana se sitúa bajo la dimensión de la libertad, que es una condición, un medio y un fin para la existencia auténtica del ser humano. Este individuo es un ser social y moral,⁴⁷ obligado a la sociabilidad por la ley natural, siendo portador de derechos naturales.

En virtud de la ley o el derecho natural los hombres son libres e iguales, teniendo todos igual capacidad de libertad, aunque no todos la realizan plenamente, siendo los más razonables y mejores, los individuos más libres. Locke considera que la libertad, la igualdad, la propiedad y el derecho a la resistencia a la opresión se inscriben en la naturaleza humana.

43 Grocio, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, capítulo 2, núm. 21 y capítulo XVN, núm. 8.

44 Goyard-Fabre, Simone, *Los derechos del hombre: orígenes y prospectivas. En problemas actuales de los derechos fundamentales*, España, Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 29 y 30.

45 Pufendorf, S., *Le droit de la nature et de gens su systeme général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, t. I, libro 1, capítulo I, cit. por Fernández Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, op. cit., pp. 170 y 171.

46 Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, capítulo 20.

47 Locke, John, *Traité du gouvernement civil*, párrafo 2.

Para E. Kant, el contrato social es:

una mera idea de la razón, pero que tiene indudable realidad (práctica), a saber: la de obligar a cada legislador para que dé sus leyes tal como si éstas pudiesen haber nacido de la voluntad reunida de todo un pueblo y para que considere a cada súbdito, en cuanto quiere ser ciudadano, como si él hubiera estado de acuerdo con una voluntad tal. Esto es, en efecto, la piedra de toque, la juridicidad de una ley pública capaz de regir para todos.⁴⁸

E. Kant sostiene que los miembros de la sociedad civil tienen tres atributos jurídicos derivados de su calidad de ciudadano: la libertad legal, la igualdad civil y la independencia y autonomía.⁴⁹

Como señalaba Del Vecchio, Kant concibe el contrato social “como pura idea que expresa el fundamento jurídico del Estado como su arquetipo racional”.⁵⁰

Con Kant acaba la escuela del derecho natural y comienza la del derecho racional.

b. El neocontractualismo

Como señala Fernández, el neocontractualismo:

afirma que la legitimidad del poder político se encuentra en el reconocimiento, defensa y protección de los derechos humanos fundamentales, equivale a afirmar que el contenido del contrato es siempre la mejor forma de articular (a través de derecho jurídico, Constituciones, instituciones sociales, planes económicos, modelos de sociedad) el respeto, ejercicio y garantía de los derechos humanos fundamentales, no los derechos humanos mismos, que como derechos morales, son previos al poder político y al derecho.⁵¹

Las concepciones neocontractualistas, más que explicar el origen y existencia de la sociedad, tienen la finalidad de fundamentar una determinada concepción de sociedad.

48 Kant, E., *Acerca de la relación entre teoría y práctica en el derecho político (contra Hobbes)*. En *filosofía de la historia*, Buenos Aires, Nova, 1964, pp. 167 y 168.

49 Kant, E., *Principios metafísico del derecho*. XLVI.

50 Vecchio, Giorgio del, *Filosofía del derecho*, Bosch.

51 Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, p. 220.

Coincide en esta posición Dworkin, para el cual, la teoría de los derechos que se encuentra implícita en la construcción del contrato, tiene que ser una teoría “que se base en el concepto de los derechos que son ‘naturales’ en el sentido de que no son el producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético”.⁵²

En esta perspectiva se sitúa Rawls, el cual señala claramente:

lo que he tratado de hacer es generalizar y llevar la teoría tradicional del contrato social representada por Locke, Rousseau y Kant, a un nivel más elevado de abstracción... La teoría resultante es de naturaleza altamente Kantiana... Mis ambiciones respecto al libro quedarán completamente realizadas si permite ver más claramente los principales rasgos estructurales de una concepción alternativa de la justicia que está implícita en la tradición contractualista, señalando el camino de su ulterior elaboración. Creo que, de los puntos de vista tradicionales, es esta concepción la que mejor se aproxima a nuestros juicios meditados acerca de la justicia y la que constituye la base moral más apropiada para una sociedad democrática.⁵³

Norberto Bobbio comparte esta posición neocontractualista sealando:

La vieja teoría del contrato social no solo no ha sido desmentida en la realidad del desarrollo histórico, sino que es más actual que nunca, aún necesita ser revisada y puesta al día... El contrato como una institución fundamental para la regulación de las relaciones sociales de interés público es más que nunca una realidad de hecho.⁵⁴

En esta posición se sitúa también James Buchanan, quien señala que “la relevancia de la teoría contractual debe estribar no en su explicación del origen del gobierno, sino en su ayuda potencial para perfeccionar las instituciones de gobiernos existentes”.⁵⁵

52 Dworkin, R., *The original Position en N. Daniels Reading Rawls*, Blackwell, Oxford, 1975, p. 46, cit. por Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, op. cit., p. 221.

53 Rawls, John, *A Theory of Justice (traducción al español, 1972)*, Oxford University Press, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 9.

54 Bobbio, Norberto, *Il contratto sociale, oggi*, Nápoles, Guida Editor, 1980, pp. 26 y 29.

55 Buchanan, James y Tullocks, Gordon, *El cálculo del consenso (fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, Madrid, Espasa Calpe, 1980, p. 361.

A su vez, Röd plantea que:

En el enfoque jurídico en virtud del cual el Estado no se presenta como producto creado por una realidad sometida a la ley de la causalidad, sino que se presenta como un sistema de normas, la idea del contrato social desempeña un papel completamente distinto al que desempeña en las teorías realistas del origen del Estado, en la medida que esta idea no sirve para responder a la cuestión de su génesis, sino a la del fundamento de la vigencia de un orden jurídico. Es esencial a las normas jurídicas que ellas tengan vigencia, es decir, que por lo regular sean reconocidas como obligatorias. La pregunta de por qué los sistemas de normas tienen un carácter obligatorio es la cuestión decisiva de la filosofía del derecho. Una posibilidad de responderla la ofrece la doctrina del contrato social en la medida que intenta reducir la obligatoriedad del derecho al *factum* de que los sometidos jurídicamente se hayan comprometido de modo voluntario a la obediencia jurídica.⁵⁶

También, Eusebio Fernández defiende “el contrato social como base de legitimación social, política y jurídica”,⁵⁷ en las siguientes razones:

- A) La inexistencia de una sociedad estable y justa, sin un sistema de legitimación que cuenta (o sea producto de) el consenso, asentimiento o consentimiento de las personas que forman parte de ella, ya que todo lo que no es consentimiento, imposición o fuerza, sin negar la importancia del uso legítimo de la fuerza por el Estado. A mayor consenso, menos posibilidad de actuaciones de la fuerza y viceversa, la primacía del consenso caracteriza a los sistemas democráticos, la primacía de la fuerza a los sistemas autocráticos.
- B) La teoría del contrato social resuelve mejor los problemas relativos a la búsqueda de un principio de legitimación social, jurídica y política, basada en principios éticos y valores de autonomía individual, libertad e igualdad, su aceptación, necesidad e importancia, contando con cierta objetividad y racionalidad.

⁵⁶ Röd, Wolfgang, *La idea del contrato social y el problema de la vigencia del derecho*, cit. por Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, op. cit., pp. 201 y 202.

⁵⁷ Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, pp. 195 y ss.

- C) El principio de legitimidad contractualista aporta argumentos que otorgan fundamento y dan efectividad a las nociones de obligación moral, jurídica y política, y a la obediencia al derecho, revitalizando el ideal de participación ciudadana y posibilitando la desobediencia civil justificada.
- D) La existencia de una estrecha conexión de la legitimidad contractual con el sistema de democracia liberal, ya que se adopta al tipo de decisiones contractualistas, permitiendo la elección, crítica y revisión de los diferentes modelos de sociedad.
- E) La idea del contrato social, aunque dé por supuesta la existencia del Estado, no implica una actitud estatalista, siendo posible la supremacía de la sociedad sobre el Estado, a través de una sociedad autónoma, y autogobernada, donde el contrato social se ejerce y renueva continuamente.

C. *El iusnaturalismo deontológico contemporáneo o fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos*

Los derechos humanos se fundamentan en el derecho natural; sin embargo, se refiere a un derecho natural que, más que tratarse de un orden jurídico (distinto al derecho positivo), se trata, como expresa Frede Castberg, de “principios jurídicos suprapositivos” y objetivamente válidos, de “juicio de valor de validez general y postulados —normas generales— que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana”,⁵⁸ en la dignidad de la persona humana.

En esta corriente el derecho natural se traduce y concreta en un complejo de valores, considerando que el derecho positivo debe adecuarse al valor, o que sólo posee esencia de derecho la norma jurídica positiva o derecho que tiende a concretar y realizar el valor como debe ser. Como dice Passerin D’Entrèves, el derecho natural aparece como “un conjunto de valores que determinan el carácter del derecho y que determinan su medida”.⁵⁹ También, en una matización sobre la materia, Hans Welsel sos-

58 Frede Castberg, *La philosophie du droit*, pp. 121 y 127.

59 Passerin D’Entrèves, “El derecho natural”, *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966, pp. 197 y 198. Véase, del mismo autor, *Derecho natural*, Madrid, Aguilar, 1972, pp. 150 y ss.

tendrá que constituyen principios jurídicos que otorgan legitimidad al derecho positivo y a los cuales este último derecho está subordinado.⁶⁰

La fundamentación ética de los derechos humanos como derechos morales busca explicitar la doble vertiente jurídica y ética de ellos, diferenciándose de la concepción iusnaturalista ontológica por el hecho de que “al mismo tiempo que insistir en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas”.⁶¹

Una fundamentación iusnaturalista atenuada no es partidaria de la universalidad ni de la inmutabilidad del derecho natural, sino de su historicidad, de acuerdo con la naturaleza histórica del hombre. En esta corriente se ubican Legaz Lacambra y Antonio Enrique Pérez Luño.

Para L. Legaz Lacambra, “es indiscutible que los derechos humanos son derechos naturales y que en la existencia de éstos consiste la realidad del derecho natural”.

Los derechos humanos así formulados pueden aún ser considerados “derechos naturales” pero en función de la naturaleza histórica del hombre, y que el sistema iusnaturalista a que responde esta formulación está transido de historicidad, y por lo mismo, no parece adecuado asignarle una universalidad que no responda a la variedad de situaciones humanas-sociales que se dan incluso en un mismo momento de la historia.⁶²

a. La perspectiva intersubjetiva de Pérez Luño

Para Pérez Luño, es de la idea “de la dignidad de la persona humana, así como de las exigencias y necesidades ligadas a la consecución de la libertad y la igualdad, de donde se derivan los derechos humanos. Estos derechos esenciales tienen un fundamento anterior al Derecho positivo, esto es, preliminar y básico respecto de éste”.

El autor plantea una fundamentación intersubjetivista:

⁶⁰ Véase Welsel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho datural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1971. También Casbera, F., *La Philosophie du droit*, París, A. Pedone, 1970, pp. 119 y ss.

⁶¹ Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1991, p. 109.

⁶² Legaz Lacambra, Luis, prólogo a la 2a. ed. de José Castán Tobeas, *Los derechos del hombre*.

Como alternativa a las fundamentaciones objetivistas y subjetivistas de los derechos humanos, el intersubjetivismo representa un esfuerzo para concebirllos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que por expresa necesidad social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación.⁶³

Para este autor, todo intento de justificar los derechos humanos parte de las condiciones antropológicas de las personas que y para los que se aseguran tales derechos. La satisfacción de necesidades humanas naturales, biológicas o culturales (históricas), forman parte importante de la justificación de los valores que encarnan el concepto de derechos humanos.

Pérez Luño profundiza en esta perspectiva señalando:

Entiendo, en efecto, que los valores, que informan el contenido de los derechos humanos, no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en la esfera ideal anterior e independiente de la experiencia, como pretende el objetivismo; ni pueden reducirse tampoco al plano de los deseos e intereses de los individuos, como propugna el subjetivismo. La fundamentación intersubjetiva, por la que me inclino, parte de la posibilidad discursiva de la razón práctica que permite llegar a un cierto consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Un consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituyen su soporte antropológico.

Esas necesidades, en cuanto dato social e históricamente vinculados a la experiencia humana, poseen una objetividad y una universalidad que posibilitan su generalización, a través de la discusión racional y el consenso, y su concreción en postulados axiológicos materiales.⁶⁴

Para Pérez Luño, los derechos humanos constituyen “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 por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.⁶⁵

63 Pérez Luño, Antonio, “La fundamentación de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, CEC, núm. 35, 1983, p. 44.

64 *Ibidem*, 66-68.

65 *Ibidem*, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Técno, 1984.

El concepto señalado conjuga las dos dimensiones que integran el concepto general de derechos humanos: la exigencia iusnaturalista respecto de su fundamentación y las técnicas de positivización y protección que otorgan la medida de su ejercicio efectivo, como sostiene Mugerza.⁶⁶

b. La corriente o perspectiva de la racionalidad práctica

Para ella: “los valores, como los juicios de valor, pueden ser justificados racionalmente, y ello implica que desde el punto de vista moral pueden compararse distintos sistemas de moralidad y códigos éticos y establecerse que uno de son objetivamente mejores que otros”.⁶⁷

Al efecto, Martin Kriele afirma que: “La teoría consensual práctica descansa, en efecto, sobre la premisa preestablecida del principio básico: cada hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad”.⁶⁸

Un lugar destacado en esta perspectiva ocupa Robert Alexis y su fundamentación teórico-discursiva de los derechos humanos.

Robert Alexis sustenta una posición de base kantiana; es decir, una posición liberal acerca de los derechos humanos, utilizando la razón práctica y los ideales y principios de autonomía, universalidad (consenso) y democracia, partiendo de la teoría del discurso, que expone como una teoría procesal de la corrección práctica.

A través de esta fundamentación, Alexis busca refutar la concepción positivista jurídica y estructurar una teoría del derecho que enlaza la legalidad, la eficacia social y un contenido correcto, realzando las relaciones entre derecho y moral.⁶⁹

66 Mugerza, Javier, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 51.

67 Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, p. 199.

68 Kriele, Martin, *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona, Herder, 1982, pp. 91 y 92.

69 Las principales obras de Robert Alexis, en la materia que nos interesa son: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; *Derechos y razón práctica*, México, Distribuciones Fontamara, 1993; *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994; *Teoría del discurso y derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995. Principalmente este último texto sirve de base para la redacción de este acápite, véase el capítulo III.

D. *Fundamentación de forma y de contenido y estructura*

Para Alexis, los derechos humanos sólo pueden tener vigor si se les garantiza a través de normas de derecho positivo.

Ello le permite sealar que debe distinguirse en la fundamentación de los derechos humanos, entre un problema de forma y uno de contenido.

a. La fundamentación de forma

El problema de forma enfrenta la necesidad de transformar el contenido de los derechos humanos en derecho positivo, lo que se requiere para su conocimiento, su ejecución y su organización. El problema del conocimiento lleva a la necesidad de decisiones regladas jurídicamente. El problema de la ejecución emana del hecho de que el conocimiento de la corrección o legitimidad de una norma es algo diferente de su acatamiento u observancia por todos, lo que hace necesaria la existencia de reglas jurídicas revestidas de coactividad. El problema de organización resulta del hecho de que diversas y numerosas exigencias morales y fines valiosos sólo pueden alcanzarse mediante una organización que presupone el derecho; lo contrario lleva a la anarquía, y en ésta no pueden garantizarse los derechos humanos.

b. La fundamentación de los derechos en su contenido y estructura

Con relación a la fundamentación del contenido de los derechos fundamentales, Alexis utiliza una perspectiva teórico-discursiva, que es la fundamentación de un sistema de derecho con un determinado contenido y estructura.

Alexis centra su fundamentación de los derechos humanos sobre la base de la teoría del discurso, que lleva a la necesidad discursiva en sentido estricto. De acuerdo con las premisas adicionales que se escojan, diferencia tres clases de fundamentos teórico-discursivos directos de los derechos humanos: el argumento de autonomía, el de consenso y el de la democracia, los cuales se complementan y refuerzan recíprocamente.

E. *El argumento de la autonomía*

El principio de autonomía es el supuesto necesario de todos en cada discurso moral, no siendo posible impugnar en el discurso la autonomía

moral y jurídica de los demás, lo que requiere además la participación seria en tal discurso moral, lo que requiere la voluntad de resolver conflictos sociales a través de consensos elaborados y controlados, lo que significa poder volver a rediscutir tal consenso, aceptando el derecho de los interlocutores a orientar su conducta de acuerdo a principios reflexivamente juzgados correctos y v lidos.

Así se transmite la libertad e igualdad en el discurso a la espera de la acción.

De esta manera, para lograr un sistema de derecho es necesario fundamentar la necesidad de reglar la convivencia a través del derecho y fundamentar el principio de autonomía, si ello es necesario, al principio de autonomía corresponde directamente un derecho general a la autonomía, que representa los derechos humanos y fundamentales más generales, que puede ser denominado también “derecho de libertad general”, de acuerdo con el cual, “cada uno tiene el derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno, y obrar en consecuencia”.

Este derecho de autonomía puede ser limitado a causa de la autonomía de los demás, como asimismo en beneficio de bienes colectivos o comunes.

El derecho de autonomía así planteado fundamenta todo el catálogo concreto de derechos de libertad.

Por otra parte, es necesario considerar que determinados derechos son medios para poder actuar con autonomía, lo que permite fundamentar los derechos a la protección por el Estado y los derechos sociales fundamentales, entre ellos el derecho a un “mínimo existencial”.

Dichas operaciones llevan a derechos que posibilitan y protegen el ejercicio de la autonomía tanto pública como privada.

F. El argumento del consenso

El argumento del consenso constituye un elemento que Alexis toma de la fundamentación de J. Habermas, donde la legitimación del derecho se vincula a la aceptación universal, vale decir, que son normas de acción v lidas y legítimas “las que todos los posibles afectados como participantes en discursos racionales pueden aceptar”. Para Habermas, de la interrelación de este principio con la forma de derecho deben resultar el principio de la democracia y un sistema de derechos. En esta perspectiva, los derechos fundamentales tienen que generarse en el proceso político a través del ejercicio público de la autonomía.

Los derechos fundamentales se concretizan así a través de un proceso democrático discursivamente construido.

Sin embargo, para Habermas también la necesidad de concretar los derechos fundamentales requiere un sistema abstracto de derechos, conformado por cinco grupos de derechos fundamentales, que protejan la posibilidad de la autonomía privada y pública. Los tres primeros grupos de derechos protegen la autonomía privada, el cuarto grupo protege la autonomía política y el quinto grupo de derechos asegura los presupuestos sociales, técnicos y ecológicos de la autonomía privada y pública.

El argumento del consenso completa el argumento de la autonomía, introduciendo la imparcialidad y la igualdad. “La autonomía se complementa a través de la universalidad en forma de igualdad e imparcialidad”.

Habermas sostiene en la materia de forma similar a Alexis, que no hay ningún derecho legítimo, sin el “derecho a iguales libertades de acción subjetiva”, como asimismo el postulado de “iguales derechos fundamentales políticos” y la exigencia de igualdad de oportunidades de la utilidad de la autonomía privada y pública, entre días, a través de asegurar derechos fundamentales sociales.

La conexión del argumento del consenso con el de la autonomía lleva al resultado de que únicamente una distribución igual de los derechos humanos es un posible fruto de un discurso ideal.

G. El argumento de la democracia

El argumento democrático está constituido por tres premisas.

La primera establece que el principio del discurso puede realizarse a través de la institucionalización jurídica de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, y sólo por dicho medio.

La segunda premisa plantea que una democracia en la que las exigencias de la racionalidad discursiva pueden realizarse aproximadamente, sólo es posible si los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos rigen y pueden ejercitarse con suficiente igualdad de oportunidades.

La tercera y última premisa señala que el ejercicio de los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos con suficiente igualdad de oportunidades, presuponen el cumplimiento de algunos derechos funda-

mentales y derechos humanos no políticos, entre ellos, el derecho a la vida, el derecho a un mínimo existencial y una cierta enseñanza.

De esta forma, quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en la democracia, como asimismo, en los derechos humanos y derechos fundamentales.

La teoría del discurso posibilita la fundamentación de los derechos humanos y fundamentales y del Estado constitucional democrático.

Esta fundamentación sostiene que el origen y fundamento de los derechos humanos siempre es previo al derecho positivo, es “un fundamento ético, axiológico, valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana”.⁷⁰

“Los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho”.⁷¹

El distinguido constitucionalista y filósofo del derecho, prematuramente fallecido, Carlos Santiago Nino, sostenía que:

los “derechos individuales” son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres. Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados).⁷²

Antonio Truyol y Serra escribe “Decir que hay derechos humanos... equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”.⁷³

70 Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, p. 107.

71 *Ibidem*, op. cit., p. 107.

72 Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 417.

73 Truyol y Serra, Antonio, “Estudio preliminar”, a “los derechos humanos”,

A su vez, Castán Tobeñas define los derechos del hombre como:

aquellos derechos fundamentales de la persona humana —consideradas tanto en su aspecto individual como comunitario— que corresponden a éste en razón de su propia naturaleza (de esencia a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común.⁷⁴

Finalmente, tales derechos humanos existen y los posee la persona, independientemente de su reconocimiento por el derecho positivo.

H. *Consideraciones finales*

Caracterización sintética de la concepción iusnaturalista de los derechos humanos.

Para la concepción iusnaturalista, el origen de los derechos humanos no es el derecho positivo, sino el orden jurídico natural. Dicho orden natural, como los derechos que se deducen del mismo, constituyen expresión y participación de una naturaleza humana que es común y universal a todas las personas.

Fernández Galiano señala que los derechos naturales son “aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.⁷⁵

Para conceptuar la diversidad de posiciones sobre el derecho natural diversos autores las agrupan como objetivismo jurídico. Así, Pérez Luño señala que la fundamentación objetivista de los derechos humanos reúne el “conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas o principios que poseen validez objetivista, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos o de su conducta valorativa”.⁷⁶

Bidart Campos, introduciendo algunos matices a la concepción de Pérez Luño, señala que el objetivismo podría conceptuarse como “una explicación racional de que en el derecho positivo debe haber derechos hu-

Declaraciones y convenciones internacionales, p. 11.

74 Castán, Tobeñas, José, *Los derechos del hombre*, pp. 13 y 14.

75 Fernández Galiano, Antonio, *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, p. 134.

76 Pérez Luño, *op. cit.*, p. 137.

manos porque el que los haya viene exigido por una instancia externa y superior al puro arbitrio o a la pura voluntad de los hombres”,⁷⁷ vale decir, una instancia que está fuera y por encima del derecho positivo, que le viene dada a la positividad y a la cual debe dar adecuada y satisfactoria recepción. Se trata de principios, valores o representaciones que con indisponibles para el derecho positivo, y al cual este último debe adoptarse u ordenarse.

Esta denominación de fundamentación objetivista de los derechos permite superar el concepto y la concepción de derecho natural o iusnaturalismo en su concepción clásica.

En todo caso, consideramos, como sostiene Renard, que el derecho natural es la justicia asociada a las contingencias de cada realidad histórica. El derecho natural constituye la respuesta de la justicia a las exigencias del medio histórico, siendo a la vez constante y móvil; constante en su principio, se diversifica en su desarrollo.⁷⁸

Como dice Bidart Campos, la develación del derecho natural (o del valor justicia) es cuestión de conocimiento humano y su realización es obra de la cultura humana. Ni el derecho natural ni la justicia son autoejecutivos; ninguno se realiza por sí mismo, sino mediante el hacer y el obrar del hombre. Allí radica “el deber ser” (ideal, en la teoría de los valores) o el “ser” del derecho natural (o valor justicia), que por ser un deber ser ideal, es un ser valiente y exigente, que vale por sí (y subsiste) y que exige su encarnadura positiva.⁷⁹

I. *Las críticas al iusnaturalismo u objetivismo jurídico*

a. La crítica de Bobbio

Bobbio es uno de los filósofos jurídicos que ha desarrollado la crítica de las concepciones iusnaturalistas en su monografía “Argumentos contra el derecho natural”. En este texto, el autor sostiene que:

Por derecho, los juristas entienden un conjunto de normas de la conducta humana caracterizadas de que se los hace valer por la fuerza. De aquí se

77 Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, op. cit., p. 125.

78 Renard, Georges, *L’Institution*, p. 58, cit. por Bidart Campos, Germán, op. cit., nota 98, p. 98.

79 Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, op. cit., p. 99.

sigue que la obligación jurídica significa el deber de obrar en conformidad a una norma que prevé una consecuencia daina en caso de violación; el derecho subjetivo significa el poder de forzar directa o indirectamente a aquel que está obligado; y se dice que un orden jurídico existe de hecho cuando un conjunto de normas está establecido por un poder que tiene fuerza suficiente para lograr el respeto (principio de eficacia)... sólo las normas jurídicas de conducta... atribuye facultades, poderes y deberes garantizados por un poder de coactividad organizado. Ahora bien, lo que le falta a la ley natural es precisamente lo que constituye el elemento característico del derecho; es decir, la eficacia. El derecho natural es un derecho desarmado. Nadie niega que pueda expresar una exigencia, una proposición al derecho futuro; pero mientras no haya encontrado la fuerza para hacerse valer, no es derecho en el sentido corriente de la palabra, es derecho en un sentido equívoco o incluso incorrecto. Todo el mundo sabe que, en la fase actual del desarrollo del derecho internacional, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre no es una declaración de derechos, sino más bien la expresión de piadosos deseos.⁸⁰

Una segunda crítica a las concepciones iusnaturalista se basa en lo que se considera imprecisión y falta de seguridad acerca de lo que se entiende por “naturaleza” del hombre, existiendo una gran diversidad de pareceres sobre la materia según la doctrina considerada. El derecho natural es aquel en que encontramos el máximo de inseguridad e incerteza.⁸¹

b. La crítica de Raz, a las concepciones iusnaturalistas ontológicas, deontológicas y racionalistas

Para Raz hay dos grandes falacias de la filosofía del derecho.

Una de ellas es la creencia falaz de que las disposiciones jurídicas son necesariamente razones morales (o que están moralmente justificadas o que hay siempre razones morales para obedecer a cada una de ellas). Y la otra es la igualmente moral fundada creencia de que un sistema jurídico puede existir solo si la mayoría de la comunidad-sujeto cree en la validez moral.⁸²

80 Bobbio, Norberto, “Arguments contre le droit naturel”, *Le droit naturel, anaes de philosophie politique III*, París, 1959, pp. 176 y ss.

81 Véase Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 181.

82 Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, E. C., 1991, p. 180.

La característica especial de las determinaciones aplicativas de los órganos primarios es que no solo excluyen todas las razones provenientes de fuera del sistema, sino que excluyen también las reglas del propio sistema que están en conflicto con ellas nada menos que eso está implicando al decir que las determinaciones aplicativas autoritativas son vinculantes aunque estén equivocadas.⁸³

El derecho proporciona el marco normativo general dentro del cual tiene lugar la actividad social organizada.⁸⁴

J. *La fundamentación historicista de los derechos humanos*

En esta concepción los derechos humanos manifiestan un carácter variable y relativo a cada contexto histórico que las personas tienen de acuerdo con el desarrollo de una determinada sociedad.

Ello genera dos consecuencias claramente distinguibles:

- a) Los derechos son históricos, variables y relativos, y
- b) Los derechos tienen un origen social, son el resultado de la evolución y desarrollo de la sociedad.

El fundamento de los derechos humanos, de acuerdo con esta concepción no se encuentra en la “naturaleza humana”, sino en las necesidades sociales y las posibilidades de darles satisfacción en la sociedad.

Como señala Peris:

la temática específica de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretenda realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana como el fin en sí misma, pues de otra forma no podríamos hablar del “hombre”, sino de cualquier otra cosa, aunque justa y útil.⁸⁵

⁸³ *Ibidem*, p. 167.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 188.

⁸⁵ Peris, Manuel Juez y Valencia, Fernando Rovies, *Estado y derechos humanos*, 1976, pp. 135, 137 y ss.

No existe más fundamento de los derechos que la praxis histórico-social, lo que otorga un fundamento de carácter relativo y circunstancial.

En todo caso, al referirse a necesidades humanas, implica considerar la naturaleza humana que las genera; y, por tanto, el fundamento de las necesidades tendría que ser incluido en el conjunto que remita a aquella su naturaleza.

K. *La fundamentación positivista*

El positivismo ofrece una gama de alternativas, todas las cuales tienen en común el rechazo a la existencia de algún principio suprapositivo de derecho. Positivista es toda filosofía que considera justo lo que está de acuerdo con la norma establecida positivamente.

El positivismo sostiene que los derechos fundamentales son los que deciden la voluntad del poder, aquellos que sea cual fuere su contenido se designan como derechos fundamentales.⁸⁶ El positivismo centra su fundamento exclusivo en el Estado o en el derecho estatal, o en la voluntad del poder estatal (voluntad de los gobernantes).

Aquí no hay fundamento en la naturaleza humana, no hay valores, no hay ética, no hay ideal de derecho, como seala Bidart Campos.

Para Gerber⁸⁷ o Jellinek,⁸⁸ los derechos subjetivos públicos no representan más que una autolimitación siempre revocable por el propio Estado. Son “derecho del Estado”, “para el Estado” o “en interés del Estado”.

Jellinek consideraba que los derechos públicos de los ciudadanos eran funcionales al poder estatal y al interés general: “Los intereses individuales se distinguen en intereses constituidos prevalentemente por fines individuales y en intereses constituidos prevalentemente por fines generales. El interés individual reconocido prevalentemente en el interés general constituye el contenido del derecho público”, agregando que “cualquier derecho público existe en el interés general, el cual es idéntico al derecho del Estado”.⁸⁹

Para Kelsen este concepto del derecho subjetivo no es más que “un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar, como concepto auxiliar, la exposición de una

86 Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, op. cit., p. 22.

87 Gerber, K. F., *Über Öffentliche Rechte*, 1852.

88 Jellinek, Georg, *Das system der subjektiven Öffentlichen Rechte*, 1892.

89 *Ibidem*, pp. 58 y 78, en Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 70.

situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica, es superfluo.⁹⁰

Kelsen sostiene una posición relativista extrema en materia del fundamento de los derechos, al considerar los valores como subjetivos y relativos, lo que explícita en el ámbito de la justicia, señalando:

...Verdaderamente no sé, ni puedo afirmar, que es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar que es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia, para mi, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la justicia de la democracia, la de la tolerancia.⁹¹

A su vez, Alf Ross niega la posibilidad de un conocimiento de los valores de libertad y de derechos humanos, sosteniendo al respecto “Me abstendré de todo intento de hacer creer a mis lectores que es posible determinar científicamente que sea el bien absoluto, acreedor en cuanto tal de nuestro amor y fidelidad. Si una persona repudia la democracia, la libertad o la paz, soy incapaz de probarle lógicamente que incurra en un error y que estoy en lo cierto”.⁹²

El mismo autor en materia de justicia señala, “invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Ésta no es la manera adecuada de obtener comprensión mutua”.⁹³

La concepción positivista se distingue esencialmente porque concibe el derecho como una forma de organización social basada en normas jurídicas positivadas.

Las perspectivas positivistas sostienen que el derecho es tal si se encuentra en una norma positiva vigente con justificación propia separada de justificaciones morales o valóricas.

90 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 141.

91 *Ibidem*, *Qué es la justicia?*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1991, p. 63.

92 Ross, Alf, *Why Democracy*, Cambriedge, Harward University pres, 1952, edición española, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 88 y 89.

93 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. ed., Argentina, Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 27.

El profesor Squella sostiene que existen dos tipos de positivismo jurídicos, uno de carácter ideológico y una versión menos extrema. Para el positivismo jurídico de carácter ideológico,

para aludir al positivismo jurídico en cuanto teoría de la justicia. En este sentido, el positivismo jurídico está caracterizado, en su versión más extrema, por una confusión entre derecho positivo y justicia, o sea por la afirmación de que todo derecho positivo, por el hecho de ser tal, es justo, no existiendo, por lo mismo, ningún otro criterio de valor posible para estimar el derecho positivo que no sea el que fluye o resulta del mismo derecho positivo. En una versión menos extrema, y por lo mismo más frecuente, el positivismo jurídico como ideología, se caracteriza por la afirmación de que todo derecho positivo, o sea, todo sistema de legalidad vigente en una comunidad jurídica determinada, asegura, por sí mismo, ciertos valores jurídicos de carácter general, tales como el orden, la paz y la seguridad jurídicas.⁹⁴

En el caso del positivismo, si pudiera hablarse de derechos fundamentales o derechos humanos, ellos serían los que cada ordenamiento jurídico positivo asigna voluntaria y discrecionalmente a las personas.

Como seala Peces-Barba, estas posiciones se sitúan en el no cognoscitivismo ético o del reduccionismo positivista que niegue una fundamentación a los derechos humanos, centrando su análisis sólo en sus dimensiones prácticas tal como están formalmente establecidos en el derecho positivo, no valorándose las dimensiones éticas previas que permiten fundamentar la idea y el concepto de derechos humanos.⁹⁵

La concepción de los diferentes positivismos rechaza la afirmación jusnaturalista de que el derecho es esencialmente moral, y que los enunciados jurídicos son enunciados con contenidos de valores y de contenidos éticos o morales que justifiquen la regla de derecho positivo.

L. El normativismo realista y crítico de Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli asume una posición en materia de fundamentación del concepto de derechos humanos que se alimenta del positivismo jurídico

94 Squella, Agustín, "El positivismo jurídico y el problema de los valores en el derecho", *Filosofía del derecho*, Valparaíso, Edeval, 1980, p. 56.

95 Véase Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, op. cit., p. 55.

de ascendencia kelseniana y una orientación analítica de raíz inmediata en la concepción de Bobbio.

Luigi Ferrajoli señala una definición teórica puramente formal de derechos fundamentales, sosteniendo que son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o capaces de obrar”.⁹⁶

El mismo autor precisa que entiende por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), adscrita a un sujeto por una norma jurídica,⁹⁷ y por estatus, la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁹⁸

Este concepto es teórico y no dogmático, ya que no se encuentra formulado respecto a las normas de un ordenamiento jurídico concreto, como asimismo, del nivel jerárquico que pueda tener la norma en el ordenamiento jurídico.

Dicho concepto Ferrajoli lo considera ventajoso respecto de otros, por ser válido para cualquier ordenamiento, es independiente de los valores y bienes jurídicos tutelados por los derechos fundamentales y es ideológicamente neutral, pudiendo ser utilizado por quienes participan de una concepción iusnaturalista o positivista, liberal, socialcristiana o socialista, democrática o autocrática.⁹⁹

El carácter formal del concepto de Ferrajoli, en todo caso, es suficiente para identificar la base de igualdad jurídica que identifica a los derechos fundamentales; de allí que todas las personas son titulares de estos derechos, constituyendo un rasgo estructural de ellos, que comporta también el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que consisten. Al ser tales derechos inalienables e innegociables, constituyen prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares, como asimismo, vínculos y límites insalvables para todas las potestades o poderes públicos o privados.

A través de la historia, la extensión de la igualdad o el grado de democracia del ordenamiento depende de la reducción o supresión de

⁹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 38.

las diferencias de status que afectan a los seres humanos, vale decir, el solo ser persona, el ser ciudadano o el estar dotado de la capacidad de obrar. Tales criterios han constituido y constituyen aún actualmente los parámetros de la igualdad como de la desigualdad en derechos fundamentales. En efecto, la ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado como las únicas diferencias de status que limitan la igualdad de las personas humanas.¹⁰⁰

En la antigüedad, las desigualdades se basaban en la negación de la identidad de persona (los esclavos eran considerados cosas, los indígenas en las primeras colonizaciones europeas), secundariamente mediante la negociación de la capacidad de obrar o de la ciudadanía (las diferencias de sexo; los sirvientes; los carentes de fortuna que no contribuirían al censo; los que carecían de determinados niveles de educación formal). Incluso durante el siglo XIX las personas de sexo masculino, blancos, adultos, con educación formal, propietarios y ciudadanos eran los que gozaban de los derechos en forma óptima. Luego ha ido desapareciendo la diferenciación de la capacidad de obrar, la que se mantiene sólo respecto de los menores y de los deficientes o enfermos mentales.

La diferencia de estatus más relevante que aún se mantiene, pero que tendencialmente debería irse reduciendo progresivamente, es el estatus de nacional o ciudadano, que consagra derechos de los que no pueden gozar quienes no tienen tal estatus.

M. *La fundamentación trialista de los derechos humanos*

a. El trialismo jurídico de Reale y Golsdschmidt

En la teoría del trialismo jurídico hay dos versiones en torno a la función de los juristas y los alcances de su formación. Una de ellas es sostenida por el iusfilósofo brasileño Miguel Reale, para el cual no hay por qué hacer abstracción del mundo filosófico para limitar la reflexión del jurista exclusivamente a la ciencia del derecho. Por otra parte, para Werner Golschmidt, es necesario distinguir entre la filosofía mayor, a la luz de la cual la apreciación filosófica del derecho hace parte de una concepción integral, como la sostienen Aristóteles y Santo Tomás, y la “jurística”, o filosofía menor (término inspirado en la obra de Henri Lévy-

100 Véase *ibidem*, pp. 39 y 40.

Bruhl, Aspectos sociológicos del derecho), en función de la cual la reflexión del jurista debe limitarse exclusivamente a la ciencia del derecho.¹⁰¹

Miguel Reale es una de las grandes figuras latinoamericanas de la teoría tridimensional del derecho.

Para Reale, en el derecho deben distinguirse los hechos, las normas y los valores. En efecto, la realidad social, el hecho social es la convivencia social humana, la que debe ser regulada por normas jurídicas, para ser válida y racional, las que deben inspirarse en el bien común, el que comprende la libertad, la justicia y el orden.

Así señala, por ejemplo, Miguel Reale:

...partiendo de la observación b sica de que toda norma jurídica mira un valor, se reconoce que la pluralidad de valores es consustancial a la experiencia política. Utilidad, tranquilidad, salud, confort, intimidad e infinitos otros valores fundamentan las normas jurídicas. Estas normas, a su vez, presuponen otros valores, como el de la libertad, sin el cual no habría posibilidad de optar entre los valores y no efectuar una valoración en concreto.

Miguel Reale desarrolla una concepción sobre la estructura tridimensional del derecho. Define el derecho como “una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva”.¹⁰²

Reale sostiene que:

En las últimas cuatro décadas el problema de la trimensionalidad del derecho ha sido objeto de estudios hasta culminar en una teoría a la que se ha dado nueva conformación, sobre todo por la demostración de que:

a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico necesariamente hay un hecho subyacente (hecho, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etcétera); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor.

¹⁰¹ Véase Plazas Vega, Mauricio, *Del realismo al trialismo jurídico*, Bogotá, Temis, 1998.

¹⁰² Real, Miguel, *Introducción al derecho*, Madrid, Pirámide, 1993, p. 69. El profesor Reale expone su concepción tridimensional en sus obras *Filosofía del derecho y Teoría tridimensional del derecho*.

b) Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

c) Más aún, esos elementos o factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso de tal modo que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.¹⁰³

De acuerdo con la teoría de Reale:

Donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (económico y geográfico, demográfico, etcétera), un valor que confiere determinada situación a ese hecho y finalmente una regla o norma que representa a la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro. Tales elementos no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta. Así la vida del desarrollo resulta de una interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.¹⁰⁴

Al criticar Reale el formalismo jurídico tan arraigado en América Latina señala:

Para un adepto del formalismo jurídico, la norma jurídica se reduce a una “proposición lógica”, mientras que para nosotros, como para los que alinean en una comprensión concreta del derecho, la norma jurídica, no obstante esa estructura lógica, señala el “momento de integración de una clase de hechos según un orden de valores” y no puede ser comprendida sin referencia a esos dos factores que ella dialécticamente integra y supera.

Goldschmidt, dentro de la teoría trialista del derecho, ha sostenido que:

Nuestras facultades no han de educar a ingenieros sociales y mucho menos a ajedrecistas de normas; deben formar a juristas. Hemos de transformar facultades de derecho en facultades jurídicas (sociológica, normológica y dikelógica); entonces nuestros estudiantes se convertirán en buscadores de títulos habilitantes y de oro, en personas que reparten a sabiendas con jus-

¹⁰³ Raelé, Miguel, *Introducción al derecho*, Madrid, Pirámide, 1993, p. 73. El pensador brasileño expone su concepción tridimensional en sus obras *Filosofía del derecho* y *Teoría tridimensional del derecho*.

¹⁰⁴ Reale, Miguel, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 69.

cia y que por esta razón estudian con la misma vocación y dedicación que sus compañeros en las facultades de ciencias naturales.¹⁰⁵

Entre otros destacados juristas que han sido exponentes de la teoría trialista del derecho o han contribuido a su consolidación, pueden señalarse Radbruch, Welzel, Nawiasky, Recaséns Siches, Legaz y Lacambra, García Máynez, Bidart Campos y Peces-Barba.¹⁰⁶

b. El fundamento realista trialista de Recaséns Siches

Luis Recaséns Siches, distinguido iusfilósofo mexicano, sustenta una posición también con un enfoque tridimensional. Concibe el derecho como “vida humana objetivada”. Nos dice:

Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir, por el Estado. Lo que importa subrayar aquí es que la norma jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resultar claro que para comprenderla cabalmente, debemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana.¹⁰⁷

Hace un extenso análisis de los derechos humanos tanto individuales como económicos y sociales, y seala: “La presentación que voy a ofrecer de los derechos del hombre no constituye, no puede constituir, axiología pura, sino que, por el contrario, representa axiología aplicada, aplicada a la realidad contemporánea de la cultura occidental”.¹⁰⁸ Para Recaséns, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre revela un renacimiento muy vigoroso en el mundo de las tesis de que hay principios ideales, por encima del derecho positivo y a los que éste debe plegarse, que son

¹⁰⁵ Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho, la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, prólogo a la 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, p. XV.

¹⁰⁶ Una enumeración detallada y distribuida por países y escuelas, de los autores trialistas o que han contribuido con sus ideas a la concepción tridimensional del derecho, puede verse en el trabajo de Julio O. Chiappini, intitulado “Trialismo”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Driskill, apéndice, vol. IV, 1979, pp. 571-575.

¹⁰⁷ Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 108.

¹⁰⁸ *Ibidem*, op. cit., p. 558.

la base de lo que se llama derechos fundamentales del hombre. Es decir, que a la luz de la estimativa jurídica se debe proclamar la exigencia de que tales derechos ideales sean convertidos en derechos subjetivos dentro del orden jurídico positivo. En relación con la libertad señala: “...en general, casi todos los pensadores en materia de filosofía del derecho y de la política consideran también como un derechos absoluto concedido por los supremos principios de la axiología jurídica”.¹⁰⁹

c. El trialismo de Germán Bidart Campos

Bidart Campos sostiene que los derechos de la persona humana cuentan con un fundamento ético asumiendo la concepción trialista en la perspectiva de la escuela de Goldschmidt, en la cual “el valor justicia que, en su deber ser ideal, exige el orden de conductas (dimensión sociológica del mundo jurídico) y el orden de normas (orden normológico) dar recepción (positividad) a los criterios de valor con signos positivos”.¹¹⁰

En su concepción del realismo jurídico, asumiendo la teoría trialista, Bidart Campos entrega un enfoque sobre la concepción del Estado y del derecho, sosteniendo que:

el derecho positivo no es solamente un sistema de normas, sino un conjunto de conductas en dimensión sociológica (realismo jurídico al estilo de trialismo y de la egología); existe desde que existe el hombre conviviente con su prójimo, desde que existe el hombre conviviente existe también la organización política de su convivencia, y le llamamos “estado”; el Estado tiene necesaria y constitutivamente una organización jurídica, justa o injusta, que se llama derecho, y por eso el derecho positivo es cronológicamente simultáneo con el Estado, esta cronología no implica rechazar, sino que admite asumir, la existencia de un orden natural que coincide con los valores jurídicos objetivos y trascendentes, que valen por sí mismos, y que exigen al derecho positivo ajustarse a ellos, pero sin privar de juridicidad al derecho positivo que no se ajusta (porque aseverar que el derecho injusto no es derecho equivale a admitir que en un estado donde el derecho positivo es injusto falta la organización jurídica, lo cual es pugnar con la realidad empírica más evidente), los valores son valores para el hombre, y

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 563.

¹¹⁰ Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 81.

ninguna conducta humana es ontológicamente neutra al valor (aunque sea disvaliosa).

Finalmente, como el derecho en cuanto fenómeno social es derecho positivo, en el Estado siempre hay derecho (justo o injusto), pero también hay derecho (juridicidad) en todas las conductas que, por cumplirse en relación con grupos o entidades no estatales, podemos decir que no son “derecho estatal”; como tampoco el derecho es un conjunto de normas, el derecho no es un conjunto de normas emanadas del Estado. Como no hay Estado sin derecho (ni sociedad sin derecho), y como el Estado es organización política de la convivencia social, la política, y el derecho que organiza al Estado (derecho constitucional en sentido material o real) son la misma cosa y coinciden. Organización política “es igual a” organización jurídica (constitucional), por lo que el Estado es a la vez y siempre organización política-jurídica la convivencia social.

Bidart Campos sintetiza su posición en los siguientes términos:

...para nuestro punto de vista los supuestos derechos morales están sumergidos en la juridicidad, aun cuando precisan positivarse en el mundo jurídico (derecho positivo o vigente) y son exigencias del deber ser ideal del valor (valente y exigente) que subsisten incólumes a pesar de la eventual falta de recepción en aquel mundo. La positividad es necesaria —es exigible por virtud del valor— pero su ausencia no priva de juridicidad al deber ser ideal de ese mismo valor justicia. Precisamente, la juridicidad de lo que se llama derecho positivo proviene de su sentido direccional hacia la justicia (aunque acaso el derecho positivo sea injusto). Y esto parece ser el punto de vista de García Máynez cuando enseña que no puede llamarse derecho a un orden no orientado hacia valores. En el trialismo, la dimensión (o el orden) del valor se integra a la triplicidad homogénea del mundo jurídico, con lo que en mucho se supera este problema —tal vez más lexical que real— de los derechos morales... En suma, la eticidad de los derechos morales no pugna, a nuestro juicio, con la juridicidad del valor justicia y de los demás valores del plexo axiológico, ni con los criterios valiosos que dimanen del deber ser ideal de dicho plexo y se dirigen como exigencias para tomar encarnadura en la dimensión sociológica y normativa del mundo jurídico.¹¹¹

Bidart Campos nos indica que la normatividad escrita que no está seguida de vigencia sociológica puede servir más de burla que de utilidad

111 *Ibidem*, pp. 81 y 82.

a los derechos. Ello no significa que su formulación en normas sea secundaria siempre y cuando las normas sobre derechos cuenten con un rango eminente en el sistema normativo, ya que ello permite invocarlos y lograr su aplicación sociológica que les permita obtener aplicación sociológica o reparación si han sido vulnerados, especialmente a través de la vía jurisdiccional.

La vía de declarar derechos solamente permite desarrollar una función de educación y toma de conciencia de ellos, lo que luego también contribuye a su práctica sociológica.

En todo caso, es necesario precisar que: “La recepción efectiva se produce sólo cuando con o sin normas de aquella índole, la dimensión sociológica del mundo jurídico refleja la incorporación a la positividad”.¹¹²

d. El trialismo en Gregorio Peces-Barba.

Peces-Barba originalmente sostiene una teoría dualista sobre los derechos fundamentales,¹¹³ en la cual confluyen una filosofía de los derechos fundamentales, que coincide en lo fundamental con la teoría de la justicia y la vocación de positivación de los derechos fundamentales y la función del poder en esa mediación.

Así, Peces-Barba sostiene que “los derechos fundamentales son una mediación entre la aspiración ética del desarrollo del hombre como fin de la sociedad, para nosotros auténtico postulado previo, valor fundamental de la legitimidad justa, y la realización de esas aspiraciones por medio del derecho”.¹¹⁴ Concluyendo que: “la justicia material que aquí programamos coincide con la organización jurídica de la libertad civil y política económica social y cultural desde componentes igualitarios, en un sistema donde el hombre y su desarrollo integral fueran las preocupaciones de la mayoría (justicia formal o democrática)”.¹¹⁵

El paso de los derechos humanos como valores a los derechos humanos como derechos positivos, se produce cuando se cumplen los siguientes requisitos, según Gregorio Peces-Barba:

¹¹² *Ibidem*, p. 117.

¹¹³ Peces-Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Debate, 1984, pp. 329 y 330.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 330.

1. Que una norma jurídica positiva la reconozca.
2. Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derecho de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental.
3. Que las infracciones de dichas normas y, por lo tanto, el desconocimiento de los derechos subjetivos que deriven de ellas, legitime a los tribunales ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y protección del derecho subjetivo, utilizando si fuese necesario para ello, el aparato coactivo del Estado.¹¹⁶

Gregorio Peces-Barba, en *Derechos fundamentales*, señala que derecho fundamental es la:

Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.

Esta concepción la reformula Peces-Barba en su obra *Curso de derechos fundamentales*. Teoría general, extendiendo la positivación a las dimensiones de la eficacia; es decir, al análisis de la realidad, con lo que supone de obstáculos o impedimentos para la implantación real de las pretensiones morales convertidas en derecho de los derechos humanos. La justicia y la validez necesitan de la eficacia.¹¹⁷

Peces-Barba considera en este perfeccionamiento de su concepción principalmente el tema de la escasez, el cual afecta la posibilidad de considerar a la pretensión moral de que se trate como generalizable; es decir, como convertible en ley general.¹¹⁸ La referencia que hace Peces-Barba a la escasez se refiere a aquellos bienes cuyo reparto nunca alcanza a todos, la que impide la existencia de un derecho fundamental.

Así, el concepto de derechos fundamentales de Peces-Barba implica tres elementos básicos:

116 Peces-Barba. G., *Derechos fundamentales*, p. 63.

117 *Ibidem*, p. 108.

118 *Idem*.

- a) Una pretensión moral justificada, que facilita la autonomía e independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad con los matices de solidaridad y seguridad jurídica, con aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.¹¹⁹
- b) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el derecho de los derechos fundamentales, lo que implica que la pretensión moral es técnicamente convertida en norma jurídica, que obliga a los destinatarios respectivos a las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea objeto de garantía y protección judicial, pudiendo ser atribuido como derecho subjetivo, libertad potestad o inmunidad a unos titulares concretos.¹²⁰
- c) Los derechos sociales son una realidad social que están condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico y cultural, que favorecen, dificultan o impiden su efectividad. En esta perspectiva, el analfabetismo condiciona la libertad de prensa, los progresos tecnológicos condicionan la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la escasez de bienes condiciona o incluso impide la pretensión moral a la propiedad por el imposible contenido igualitario, entre otros.¹²¹

Peces-Barba concluye su reflexión sobre la materia, sealando que este modelo integral de los derechos humanos supone una reflexión sobre la realidad social

para que los ideales morales y las normas jurídicas de los derechos fundamentales puedan ser eficaces, puedan arraigar en la realidad. Moralidad o justicia, normatividad, término que me parece más comprensivo que el de legalidad, y de eficacia son tres estratos imprescindibles, inseparables e inexplicables sin una comunicación entre ellos, para evitar reduccionismos y abarcar en toda su complejidad el fenómeno de los derechos fundamentales.¹²²

119 *Ibidem*, p. 109.

120 *Ibidem*, pp. 109-110.

121 *Ibidem*, p. 112.

122 *Ibidem*, p. 58.

Finalmente, Peces-Barba ofrece una definición que busca abarcar los diferentes matices del concepto de derechos fundamentales, entregando un concepto desde un punto de vista objetivo y otro desde un punto de vista subjetivo.

Desde el punto de vista objetivo, los derechos fundamentales son:

el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima el Estado social y democrático de derecho.¹²³

Desde el punto de vista subjetivo los define:

como aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.¹²⁴

123 *Ibidem*, p. 469.

124 *Idem*.