



SOBRE EL PROCESO DE POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Alberto Montoro Ballesteros

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1.—*Concepciones del Derecho y positivación de los Derechos Humanos.* A. El positivismo jurídico: a) El positivismo normativista. b) El positivismo sociológico (realismo). B. El iusnaturalismo. C. Nuestra posición iusnaturalista. 2.—*Concepción tridimensional del Derecho y significación de la positivación de los Derechos Humanos.* II. EL PROCESO DE POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS MOMENTOS FUNDAMENTALES DEL MISMO. 1.—*Concepto de positivación.* 2.—*Función de la positivación.* 3.—*Momentos del proceso de positivación.* A. La legitimidad. B. La legalidad: a) Normas directamente aplicables. 1.º Las leyes y los reglamentos. 2.º La norma constitucional. b) Normas que no son directamente aplicables. 1.º Las normas pendientes de desarrollo. 2.º Las normas teleológicas o ideológicas. 3.º Los mandatos al legislador. c) Funciones que cumplen todos los preceptos constitucionales. 1.º Constitución y hermenéutica jurídica. 2.º Constitución y constitucionalidad de las normas jurídicas. C) *La eficacia.* III. VÍAS DE CARÁCTER DOGMÁTICO PARA LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1.—*La legislación.* A. La legislación constitucional. a) Sistemas de constitucionalización de los derechos humanos. b) Eficacia normativa y funciones de la constitucionalización de los derechos humanos. B. La legislación ordinaria. 2.—*La potestad reglamentaria del Gobierno y de la Administración.* 3.—*La jurisdicción.* 4.—*El pacto. Especial referencia a los tratados internacionales y a los actos unilaterales de las organizaciones internacionales.* a) Los tratados internacionales. b) Los actos unilaterales de las organizaciones internacionales. 1.º Las declaraciones. 2.º Las recomendaciones. c) Algunas puntualizaciones en relación con la positivación de los derechos humanos en los textos jurídicos internacionales. 1.º Significación y alcance del proceso de positivación de los derechos humanos desenvuelto por la O.N.U. 2.º Funciones de la positivación de los derechos humanos a través de los tratados internacionales y de los actos unilaterales de las organizaciones internacionales. 5.—*La costumbre.* IV. EL PROCESO HERMENÉUTICO DE LA COMPRESIÓN Y DE LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1.—*Hermenéutica y derechos humanos.* a) Significación y momentos del proceso hermenéutico de la comprensión. b) Factores que fundamentan y explican la historicidad del proceso hermenéutico de la comprensión. 2.—*Especial significación de las ideologías en el proceso hermenéutico de la comprensión y de la positivación de los derechos humanos.* a) El significado de la positivación de los derechos humanos y de sus garantías. b) La concepción, el contenido y los límites de los derechos humanos. 1.º Significación negativa de los derechos humanos. 2.º Significación positiva de los derechos humanos. c) La eficacia normativa de la positivación de los derechos humanos. d) Los sujetos de los derechos humanos. 3.—*Significación «expansiva» del proceso de positivación de los derechos humanos.* a) Número y contenido de los derechos humanos. b) Sujetos de los derechos humanos. c) La «internacionalización» del problema de los derechos humanos. 1.º Momento en que surge el fenómeno de la «internaciona-

lización». 2.º Significación del fenómeno. 3.º Fundamentación y consecuencias. V. CRITERIOS Y LÍMITES DEL PROCESO DE POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1.—*Criterios y límites de naturaleza «ideal»*. 2.—*Criterios y límites de naturaleza «normativa»*. 3.—*Criterios y límites de naturaleza «fáctica»*. a) Los derechos humanos y el problema de su eficacia. b) El proceso de positivación de los derechos humanos y la «*naturaleza de la cosa*». 1.º La «*naturaleza de la cosa*» como criterio del proceso de positivación de los derechos humanos. 2.º La «*naturaleza de la cosa*» como límite al proceso de positivación de los derechos humanos. c) Política jurídica y positivación de los derechos humanos. VI. MÉTODO DE POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1.—*Naturaleza problemática de los derechos humanos*. 2.—*El problema del método de positivación de los derechos humanos*. a) El razonamiento analítico (apodáctico). b) El razonamiento retórico-dialéctico. 1.º El razonamiento tópico-dialéctico. 2.º El razonamiento tópico-retórico. 3.º La «*tópica*» como órgano de la dialéctica y de la retórica. c) Conclusión: El razonamiento retórico-dialéctico y la positivación de los derechos humanos. d) La «*determinación próxima*» y el proceso de positivación de los derechos humanos.

I. INTRODUCCION

1. CONCEPCIONES DEL DERECHO Y POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La significación y el alcance del proceso de positivación de los derechos humanos es algo que está en función de la concepción que se tenga del Derecho.

A este respecto cabe distinguir dos grandes posiciones: las representadas, tradicionalmente, por el positivismo jurídico y por el iusnaturalismo.

A. El positivismo jurídico

La concepción positivista del derecho se ha desenvuelto en diferentes direcciones, pudiéndose distinguir, como ha hecho Karl Larenz, un *positivismo normativista*, un *positivismo sociológico* y un *positivismo psicológico*¹. Estas dos últimas manifestaciones del posi-

1. Cfr. KARL LARENZ, *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. Galán y Gutiérrez y A. Truyol y Serra. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1942, pág. 37.

tivismo jurídico aparecen, a menudo, conectadas, interpenetradas, cuando no confundidas entre sí. Por ello sólo vamos a distinguir, en relación con el tema que nos ocupa, el positivismo normativista y el positivismo sociológico.

a) *El positivismo normativista*

Para el positivismo normativista el único derecho existente es el derecho positivo, consistente fundamentalmente en normas legales y, en todo caso, en las decisiones de los tribunales de justicia y de los órganos de la administración que aplican esas normas (jurisprudencia).

Desde los supuestos de esta posición la expresión derechos humanos o derechos naturales no significan jurídicamente nada: es un «sin-sentido» (J. Bentham, K. Bergbohm...). En todo caso —tal es la posición de J. Austin— los denominados derechos humanos o naturales no serían sino un sector de las reglas que integran la «moralidad positiva», que sólo mediante su positivación a través del derecho positivo constituirán auténticos derechos².

La positivación —la inserción y formulación de los derechos humanos en un texto jurídico positivo— tiene aquí una *función constitutiva, creadora*, de los derechos humanos, y no declarativa o de mero reconocimiento. Al margen del derecho positivo los derechos humanos o derechos naturales no son nada, ni significan nada.

En este sentido, la posición, quizá, más novedosa es la mantenida por Friedrich Müller quien, para la concreción de los derechos humanos (fundamentales, según su denominación) *rechaza* lo que él denomina «fórmulas globales» (por ejemplo, la concepción iusnaturalista, la idea de bien común...) y *acepta*, un proceso de concreción fundado en la *hermenéutica jurídica*, que se desarrolla entre dos polos:

a) El «programa normativo» (*Normprogramm*), entendido como ordenación específicamente jurídica de la conducta por la norma.

b) El «campo o ámbito de dominio de la norma» (*Normbereich*), segmento de la realidad social constituido ya, en virtud de su construcción jurídica, en elemento de la norma, y diferenciado del *Sachbereich*: realidad social de la que se extrae el «campo de aplicación de la norma», y que va a ser regulada por la norma.

2. Una exposición más detallada del tema, con amplia bibliografía, puede verse en Antonio Enrique Pérez Luño. *El proceso de positivación de los derechos fundamentales*, en el Vol. col. *Los derechos humanos* (Significación, estatuto jurídico y sistema). Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, págs. 178 y ss.

Entre estos dos polos se desenvuelve un *proceso de concreción, de naturaleza dialéctica*, uno de cuyos fundamentos es el «círculo hermenéutico»: se trata de un proceso de ida y vuelta que llega hasta la «norma del caso» y de la norma del caso al principio o principios de la norma, modificándolos y renovándolos, en función del «caso concreto», dentro del proceso hermenéutico.

El último momento del proceso de concreción lo denomina Müller «norma de dicisión» («norma del caso», lo llama Fikentscher³. Dicho momento cierra el círculo hermenéutico, concretando y fijando el contenido, el alcance y los límites de los derechos fundamentales⁵.

b) *El positivismo sociológico (realismo)*

Para esta posición hay que evitar dos escollos: de un lado, el idealismo propio del iusnaturalismo; de otro lado, el formalismo del positivismo jurídico normativista consistente en proclamar y en reconocer dogmáticamente derechos humanos que luego no pueden ejercitarse, satisfacerse efectivamente en la vida real. Desde este punto de vista —se nos viene a decir— el positivismo normativista, en sus resultados, se aproxima en cierto sentido al iusnaturalismo, pues afirmar la existencia de un «*deber ser*» que no encuentra correspondencia con el «*ser*», supone caer en una actitud de signo metafísico.

Para el positivismo sociológico los derechos humanos no son ideales, intemporales, sino el resultado, el producto, de exigencias sociales del hombre histórico que se concretan y determinan a través del comportamiento de los hombres en cada situación histórica específica.

Para el positivismo sociológico el centro de gravedad del proceso de la positivación de los derechos humanos radica (esta es la tesis de Marx y del socialismo⁵), no en el reconocimiento y proclamación de dichos derechos en normas formalmente válidas (dotadas de validez dogmática) —lo cual no pasa de tener una significación puramente ideológica—, sino en la creación de las condiciones reales (económicas,

3. Cfr. Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. T. IV. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1977, págs. 210 y ss.

4. Cfr. FRIEDRICH MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte* (Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlín, 1969, en especial págs. 40 y ss.; *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1971, págs. 107 y 195.

5. Cfr. MANUEL ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*, Ed. Mezquita, Madrid, 1983, en especial págs. 1 y ss., 94 y ss.

sociales, culturales, políticas, jurídicas... etc.) que hagan posible el ejercicio y disfrute efectivo de esos derechos⁶.

B. *El iusnaturalismo*

En contraposición a las diferentes corrientes positivistas el iusnaturalismo (que se ha desarrollado en diversas corrientes históricas encontrando diferentes formulaciones) sostiene la existencia de unos derechos naturales inherentes al ser humano por el mero hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad, y anteriores e independientes de todo derecho positivo. A este sólo le corresponde, en relación con dichos derechos, su reconocimiento y protección jurídica, teniendo el proceso de la positivación un carácter meramente declarativo⁷.

6. Refiriéndose a la crítica marxista de la positivación formalista de los derechos humanos llevados a cabo por las Declaraciones de derechos burgueses, escribe Felice Battaglia: «Más radical es, en cambio, la crítica que después del 48, o más bien a partir de aquella fecha, realiza el marxismo, para quien los derechos en ella declarados, como simple asignación del individuo, son vacíos y formales. Inherentes al individuo según una naturaleza presupuesta, en realidad al no intervenir el Estado más que para consagrarlos y registrarlos, confiando su suerte a los particulares, o más bien a la lucha, el resultado es la esclavitud del más débil y la desigualdad en lugar de la igualdad. Los hombres que sobre el papel son libres e iguales, realmente no lo son, ya que, en concreto, los más pobres son esclavos de los ricos, ante los cuales también tienen disminuidas sus posibilidades de igualdad. Por ello, los derechos naturales, sostienen los marxistas, no sólo son abstractos, sino además falsos, porque encubren una realidad concreta radicalmente distinta a la que se enuncia». *«Declaraciones de derechos»*, en el vol. «Estudios de Teoría del Estado», trad. esp. de Elías Díaz y Pedro de Vega, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1966, pág. 188. Cfr. las págs. 188 y ss.

Subrayando el mismo fenómeno dice José Cortés Grau: «Pasada la euforia, a lo largo del siglo XIX fue advirtiéndose que aquellas Declaraciones le servían al hombre de bien poco si no fraguaban en la realidad socioeconómica, que ciertas palabras iban quedando sin sustancia a merced de quien las retorciera a su sabor, y que el hombre de carne y hueso seguía sufriendo monstruosos atentados. Gran parte de la crítica de Carlos Marx es el análisis, más o menos efectista, de esos retorcimientos. En fin, a mediados del siglo XIX —es duro confesarlo— la Declaración de 1789 daba a entender cómo andan las cosas: «Considerando, dice, que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han conducido a actos de barbarie que sublevaran la conciencia de la humanidad, y que el advenimiento de un mundo futuro, donde los seres humanos sean libres para hablar y creer, liberados del terror y de la miseria, ha sido proclamado con la más alta aspiración del hombre...». *Las modernas declaraciones de derechos y el Derecho natural*. Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, en el vol. col. «Ciclo Académico Conmemorativo del XX Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos», Valencia, 1969, págs. 24 y 25. Un desarrollo más amplio del tema, con abundante bibliografía, puede verse en Antonio Enrique Pérez Luño, op. cit. págs. 181 y ss.

7. Cfr. JACQUES MARITAIN, *Los derechos del hombre y la ley natural*, trad. esp. de Hector F. Miró, Ed. La Pléyade, Buenos Aires, 1972, págs. 70 y ss., 78 y ss.; Antonio Truyol y Serra, *Estudio preliminar a «Los derechos humanos»* (Declaraciones y Convenios internacionales), 2.ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1977, págs. 11 y ss.; Antonio Enrique Pérez Luño, op. cit. págs. 176 y ss.

Desde los supuestos del iusnaturalismo tradicional, de raíz aristotélico-tomista, la positividad de los derechos humanos constituye un proceso de concreción que parte de principios racionales, no absolutos, ni hipostasiados, sino constitutivamente abiertos a la concreción, que aparece como «*determinatio proxima*». Se trata, en definitiva, de un proceso de la razón práctica, de carácter no meramente lógico-formal sino lógico-material, en el interior del cual se determina el propio contenido material de los derechos humanos, y cuya consecuencia sería la distinción entre «derechos fundamentales naturales» y «derechos fundamentales positivos constitucionales», distinguiéndose así entre «derechos de fundamentación iusnaturalista» y «derechos de fundamentación constitucional».

Las críticas que se ofrecen para esta última distinción son insuficientes.

C. *Nuestra posición iusnaturalista*

Nuestra posición personal trata de ser fiel a los supuestos y al cuerpo de doctrina del iusnaturalismo tradicional. Pensamos con Verdross⁸ que los derechos del hombre constituye principios de derecho natural. Entendemos, coherentemente con dichos supuestos, que la creencia en la existencia de unos derechos humanos inviolables que todo poder y todo derecho positivo deben reconocer y proteger, no tiene fundamentación alguna desde los supuestos específicos del positivismo jurídico, para el cual, en última instancia, son los estados y/o la comunidad internacional los que mediante sus correspondientes actos constituyen los derechos del hombre, fijando su contenido, su alcance y sus límites; creemos que su fundamentación más sólida es la ofrecida por el iusnaturalismo al mantener y defender, frente a los embates de todos los positivismos, su fe en la existencia de unos principios suprapositivos situados más allá de la voluntad de los Estados y de los hombres, y que pueden ser reconocidos, acatados y protegidos por éstos, o violados⁹. En este sentido señala Verdross, glosando ideas de Kant, que «sólo puede hablarse de auténticos derechos humanos fundamentales si se admite la existencia de un orden jurídico superior al derecho positivo, capaz de inducir al legislador a dejarse guiar en la elaboración del derecho positivo por el principio de la dignidad humana»¹⁰.

8. *La Filosofía de Derecho del mundo occidental* (Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas) trad. esp. de Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1962, pág. 383.

9. Cfr. *Ibid.* págs. 376 y 377.

10. *Ibid.* pág. 379.

La afirmación de la tesis de que los derechos fundamentales del hombre son principios de derecho natural exige distinguir dos cuestiones diferentes:

a) La existencia de los derechos humanos, en un plano ontológico, en cuanto principios de derecho natural, con absoluta independencia del conocimiento de los mismos por parte del hombre.

b) El proceso de su conocimiento (descubrimiento) y formulación por el hombre, el cual se ha realizado «progresivamente» a lo largo de la historia, en función del horizonte histórico-cultural de cada momento, y, casi siempre, bajo presión de «situaciones límite», en la que esos derechos se veía amenazados o conculcados»¹¹.

Desde estos supuestos la significación y el alcance del proceso de positivación de los derechos del hombre se comprenden mejor, en toda su plenitud, planteando el problema desde la base de la concepción tridimensional del derecho.

2. CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y SIGNIFICADO DE LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A este respecto hay que indicar:

a) Los planteamientos doctrinales anteriormente estudiados constituyen, fundamentalmente, en sus diferentes variantes, respuestas a tres cuestiones diferentes de la problemática filosófica del derecho que, lejos de excluirse entre sí, pueden integrarse y complementarse recíprocamente permitiendo una mejor comprensión del derecho en su plenitud ontológica, al poner de relieve las diferentes dimensiones constitutivas del mismo: la *legitimidad*, la *legalidad* y la *eficacia*. Así tenemos que:

11. Señala Battaglia: «...los derechos naturales del hombre, ligados a la instauración de la persona, y por eso esenciales y fundamentales, se revelan históricos; ya que es la historia quien claramente muestra su significación evolutiva, desarrolla sus razones, concretiza sus instauraciones y, en una palabra, los explicita y da cada vez más adecuados reconocimientos», op. cit., págs. 177 y 178; Cfr. GEORGES RENARD, *Introducción filosófica al estudio del derecho*, Vol. III (El Derecho, el Orden y la Razón), trad. esp. de Santiago Cunchillos Manterola. Ed. Desclée, de Brouwer, Buenos Aires, 1947, págs. 94 y ss.; ALFRED VERDROSS, op. cit., págs. 381 y ss.; JOSÉ CORTS GRAU, *Curso de Derecho Natural*, 3.ª ed., Ed. Nacional, Madrid 1964, págs. 252 y ss.; ANTONIO TRUYOL SERRA, *Fundamentos de Derecho Natural*, F. Seix, Editor, Barcelona, 1954, pág. 21.

— El *iusnaturalismo* constituye fundamentalmente —no exclusivamente, puesto que también se ocupa del derecho positivo— la respuesta al problema de la fundamentación, de la «validez filosófica» del derecho (*legitimidad*);

— El *positivismo normativista*, trata de responder, fundamentalmente, al problema de la «validez dogmática» del derecho (*legalidad*);

— El *positivismo sociológico (realismo)* responde, fundamentalmente, al problema de la «validez sociológica» del derecho (*eficacia*).

b) El proceso de positivación de los derechos humanos —el estudio de su significación y alcance— es algo que debe plantearse y entenderse en función de los tres momentos o dimensiones ontológicas constitutivas del derecho: la legitimidad, la legalidad y la eficacia.

II. EL PROCESO DE POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS MOMENTOS FUNDAMENTALES DEL MISMO

1. CONCEPTO DE POSITIVACIÓN

El significado de la positivación es algo que varía en función de la concepción que se tenga del derecho.

Desde los supuestos de una *concepción iusnaturalista* la positivación alude al desarrollo y concreción del derecho natural mediante el derecho positivo, a través de un proceso que supone una continuidad lógica y ontológica entre ambos derechos.

Desde una *concepción positivista* del derecho el término positivación tiene un significado impropio, toda vez que para el positivismo no hay más derecho que el derecho positivo. Desde estos supuestos la positivación vendría referida:

— a la formulación normativa (en reglas de derecho) de determinados principios que no poseen significación jurídica;

— o al desarrollo de los principios constitucionales en el sistema jurídico subconstitucional.

Desde nuestra específica posición entendemos por *positivación de los derechos humanos* la formulación y plasmación de dichos derechos —que son principios de derecho natural— en normas e instituciones jurídico positivas, así como el efectivo ejercicio y disfrute de los mis-

mos¹². De este modo en el proceso de positivación de los derechos humanos se pueden distinguir dos momentos:

a) Su inserción e incorporación al ordenamiento jurídico positivo a través de la correspondiente formulación técnico-jurídica de los mismos, con la pretensión de vincular u obligar como normas de derecho (validez dogmática de los derechos humanos)¹³.

b) La realización práctica de esa pretensión de vincular u obligar, que se traduce en el ejercicio y disfrute efectivos de los derechos humanos dogmáticamente consagrados en el ordenamiento jurídico positivo (validez sociológica o eficacia de los derechos humanos).

2. FUNCIÓN DE LA POSITIVACIÓN

La función fundamental de la positivación radica en la transformación o conversión de los derechos humanos —que son principios de derecho natural— mediante su incorporación al ordenamiento jurídico positivo —fundamentalmente al ordenamiento jurídico constitucional—, en auténticos derechos subjetivos, desde el punto de vista técnico-jurídico¹⁴, concretando y determinando su contenido, su alcance y sus límites, así como su régimen de garantías y tutela.

Con todo hay que advertir que la naturaleza, la significación y el alcance de la positivación ha variado de unas épocas a otras, pudiéndose distinguir al respecto:

a) *Una significación práctica*: confirmar y afianzar antiguas costumbres y privilegios, sobre la base de una fundamentación histórica, tradicional. Tal fue el sentido de la positivación de los derechos en la historia constitucional inglesa.

b) *Una significación filosófica*: inspirar, informar y legitimar el derecho positivo, sobre la base de unos principios filosóficos, racionales, de carácter abstracto y universal. Ese fue el sentido de las declaraciones de derechos americanas y francesas de los siglos XVIII y XIX.

12. FELICE BATTAGLIA, op. cit., págs. 177, 178 y 179; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, op. cit., págs. 174 y 185.

13. Cfr. HELMUT COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Juan Manuel Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1968, pág. 235; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, op. cit., pág. 174.

14. Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos de hombre*, 2.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1976, pág. 14; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Delimitación conceptual de los derechos humanos*, en el vol. col. «Los derechos humanos», cit págs. 23 y 24.

c) *Una significación normativa*: es la propia de las constituciones modernas. En ellas la positivación de los derechos humanos tiene la finalidad fundamental de dotar de validez dogmática y de las correspondientes garantías jurídicas a tales derechos, de modo que su formulación constituya auténticas normas de derecho positivo. La máxima expresión de esta significación normativa es la representada por el «*principio de aplicación inmediata*» de los derechos humanos constitucionalizados, técnica que inaugura la Ley Fundamental de Bonn, y a la que luego haremos referencia con más detenimiento ¹⁵.

Como indicábamos al principio la función fundamental de la positivación es convertir los derechos humanos —que son principios de derecho natural— en derechos fundamentales, en auténticos derechos subjetivos, mediante su incorporación al ordenamiento jurídico positivo. La positivación, así entendida, tiene esa significación normativa que acabamos de reseñar.

3. MOMENTOS DEL PROCESO DE POSITIVACIÓN

El fenómeno de la positivación de los derechos humanos comprende todo el proceso de la validez jurídica o proceso constitutivo del derecho, siendo perfectamente discernibles en él los momentos de la legitimidad, de la legalidad y de la eficacia.

A. *La legitimidad*

La legitimidad constituye la raíz y el fundamento ontológico, último, del proceso de positivación de los derechos del hombre. La legitimidad está constituida por la ley natural, en la cual tienen los derechos humanos su fundamento y origen ¹⁶. En este sentido ha procla-

15. Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, op. c., págs. 78, 79, 93, 94, 100, 121 y 122.

16. Cfr. JACQUES MARITAIN, op. cit., págs. 70 y ss.; ALFRED VERDROSS, op. cit., págs. 375 y ss.

Battaglia ha subrayado, con vigor, la fundamentación iusnaturalista, teológica incluso, de los derechos humanos poniendo de relieve el error de las doctrinas que buscan su fundamentación al margen de la ley natural. Dice Battaglia: «La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su cualidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a éste (...Y añade más adelante): Nos parece por ello errónea la posición de quien separa las dos doctrinas y las contempla aisladamente, como si se tratase de dos expresiones de pensamiento absolutamente diver-

mado Juan XXIII: «Los derechos naturales (...) están unidos en el hombre que los posee con otros tantos deberes, y unos y otros tienen

sas. Es cierto que los derechos del hombre surgen bien definidos, en un determinado momento histórico, y puede también mantenerse que están en función de componentes distintas de las que constituyen la base de iusnaturalismo griego y cristiano; pero es igualmente claro que un reconocimiento, si bien limitado, del hombre como persona y como sujeto está implícito en la filosofía griega, en la que el mundo se concibe sometido a una ley de necesidad, y en la filosofía cristiana, en la que el hombre llega a ocupar el lugar central de la naturaleza y de las cosas, de tal forma que en su actividad las resume y las contempla bajo la luz de la que es portador. Creemos que es justamente la concepción cristiana quien, realizando un acercamiento más decidido del hombre a la naturaleza y de las cosas al hombre, y superando el naturalismo en la antropología, comporta explícitamente la derivación de derechos propios del hombre, en el cuadro de una ley de naturaleza más especificada y elaborada. Ley inmanente en las cosas y expresión de suprema racionalidad que se actúa en la criatura racional, la cual no es solamente su intérprete, sino también su misma expresión y su verdadera portadora (...Y concluye afirmando): Era necesario el *cristianismo* para inspirar un alma a esta representación, al convertir la figura, tal y como es delineada por la norma, en el sujeto viviente y autónomo, y al resolver los atributos conferidos en genuinas atribuciones: el individuo es sujeto, y el sujeto es elevado a la dignidad de persona moral.

Y es entonces, en este momento de la impostación cristiana y de la madurez antropológica del cristianismo, cuando el derecho natural ya elaborado por el mundo clásico, y a quien el cristianismo hereda y coloca en sus esquemas de pensamiento a través de Cicerón y de Séneca, genera los derechos naturales del hombre». Op. cit. págs. 175, 176 y 180.

En análogo sentido, con palabras de luz y rigor, se ha pronunciado el profesor Corts Grau, *Las modernas declaraciones de derechos...*, cit. en especial págs. 24, 25, 26, 27, 29, 30, 41 y 43. En otras cosas, dice el antiguo catedrático de la Universidad de Valencia, a propósito de la Declaración universal de derechos humanos: «...a mediados del siglo XIX —es duro confesarlo— la Declaración de 1948 daba a entender cómo andan las cosas: «Considerando, dice, que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han conducido a actos de barbarie que sublevan la conciencia de la humanidad, y que el advenimiento de un mundo futuro, donde los seres humanos sean libres para hablar y creer, liberados del terror y de la miseria, ha sido proclamado como la más alta aspiración del hombre...».

No es menester extremar el rigor para pensar que un mea culpa a escala universal hubiera sido ejemplar y oportuno, que esa anteposición de «hablar» al «creer» parece una concesión al atolondramiento de los tiempos, y sobre todo que esa prosa del Preámbulo no difiere demasiado de la dieciochesca, salvo que resulta más sarcástica. Todos comprendemos las dificultades con que se tropezaba para un mínimo acuerdo, y me guardaré de desdenar su valor en conjunto y la buena intención de los firmantes. Convendría también recordar las abstenciones en la votación para que nadie se llame a engaño. Pero registro un hecho de consecuencias ineludibles: ese acuerdo adolece de indigencia doctrinal, y si doctrinalmente ofrece grietas, cuando surja un conflicto, por esas grietas se escapará ya la solución, y luego los choques de intereses, ambiciones y recelos se encargarán de hacerlo inoperante.

No hay venganza más inexorable que la de las ideas, o la de la falta de ideas. Alguien ha contado que, al discutirse en la Comisión Francesa de la Unesco los derechos del hombre, hubo quien expresó su extrañeza ante el hecho de que miembros de ideologías tan dispares hubieran convenido en la formulación de unos principios: Estamos de acuerdo en esos principios, le contestaron, pero a condición de que no se nos pregunte el por qué; ahí comienza el desacuerdo. Y ahí comienza fatalmente —dicho sea con todos los respetos para un Premio Nobel de la Paz, obligado a zurcir retales de saldo— esa prosa desangelada, abocada al *delirium tremens* del tópicos (...Y añade más adelante): He de terminar, y no quisiera dejaros la im-

en la *ley natural*, que los confiere o los impone, su origen, mantenimiento y vigor indestructible»¹⁷.

Para Juan XXIII, la positivación de los derechos del hombre, fundados en la ley natural, se configura, desde la perspectiva de la legitimidad, como la primera exigencia del bien común: «En la época actual —dice— se considera que el bien común consiste principalmente en la defensa de los derechos y deberes de la persona humana. De aquí que la misión principal de los hombres de gobierno deba tender a dos cosas: de un lado, reconocer, respetar, armonizar, tutelar y promover tales derechos; de otro, facilitar a cada ciudadano el cumplimiento de sus respectivos deberes. Tutelar el campo intangible de los derechos de la persona humana y hacerle llevadero el cumplimiento de sus deberes debe ser oficio esencial de todo poder público»¹⁸.

Constituyendo el reconocimiento y la positivación de los derechos humanos un elemento esencial de toda constitución —la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789, en su art. 16 proclamaba que «toda sociedad que no tiene *declaración de derechos* (...) no tiene constitución»— la fundamentación del proceso de positivación de los derechos del hombre en la ley natural ha sido negada por un sector de la doctrina. En este sentido Francisco Rubio Llorente, tras afirmar que «no hay otra Constitución que la constitución democrática», subraya que «no es necesario partir, para llegar a esta afirmación, de ningún presupuesto iusnaturalista»¹⁹. Glosando un brillante trabajo de Peter Häberle²⁰, el profesor Rubio Llorente desenvuelve una crítica de la fundamentación iusnaturalista de la Constitución, válida, a nuestro modo de ver, sólo frente a la doctrina del derecho natural racionalista. Escribe Rubio Llorente: «No es necesario partir, para llegar a esta afirmación («no hay otra Constitución

presión de que el derecho natural considera las modernas Declaraciones de derechos poco menos que como un aborto, o que, simplemente, mantengo yo un yusnaturalismo extraño. Quizá hubiera sido más lúcida una exposición aséptica, que hubiera puesto en esas Declaraciones un espíritu del que carecen. Pero yo he acudido aquí con una preocupación, que la Historia no me alivia: pienso que si las Declaraciones de derechos no remueven sus fundamentos doctrinales, si no clavan sus raíces a mayor profundidad en la gleba de un derecho natural cristiano, que no es un derecho de secta, sino que acoge en sus principios universales a todas las gentes, la trayectoria de esas declaraciones de derechos seguirá coincidiendo con la trayectoria de su violación, comenzando por el derecho a la vida: se reivindica el derecho y se atenta a la vida misma». *Ibid.*, págs. 25 y ss.

17. *Pacem in terris*, núm. 28.

18. *Ibidem* núm. 60. Cfr. núms. 61 a 63.

19. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La Constitución como fuente del derecho*, en el vol. col. «La Constitución Española y las fuentes del Derecho», Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pág. 61.

20. *Verfassungstheorie ohne Naturrecht* en el Vol. «Verfassung» (Wege der Forschung), vol. 452, Darmstadt, 1978, pág. 418 a 454.

que la constitución democrática»), de ningún presupuesto iusnaturalista (...) Y además de no ser necesaria, la fundamentación iusnaturalista debe ser rehuída por las siguientes razones, entre otras: por la inevitable vinculación histórica entre iusnaturalismo e individualismo radical; por la inevitable fragmentación que cualquier fundamentación iusnaturalista opera en el concepto de Constitución, en el que obliga a distinguir una parte que es de derecho natural de otra que es de simple derecho positivo; por la dificultad que, desde el punto de vista iusnaturalista, se encuentra para justificar la evolución constitucional y arbitrar vías adecuadas para ello y, en general, para conectar Constitución y opinión e integrar en la idea de Constitución el principio esperanza»²¹.

A nuestro juicio esas observaciones, apuntadas por el profesor Rubio Llorente, pueden ser válidas referidas al derecho natural racionalista, pero en modo alguno respecto del derecho natural tradicional, de raíz aristotélico-tomista, el cual:

a) Parte de supuestos completamente ajenos, e incompatibles, con toda forma o manifestación de individualismo radical.

b) No separa rígidamente el derecho natural y el derecho positivo; antes bien, entiende que entre derecho natural y derecho positivo existe una continuidad lógica y ontológica, constituyendo el uno y el otro —como las dos caras de una misma moneda— dos momentos o dimensiones del ser del derecho, que mutuamente se requieren e integran.

c) El Derecho natural tradicional no implica rigidez ni inmutabilidad en todos sus preceptos, sino que siempre defendió la necesidad del desarrollo y de la concreción de sus principios primarios, así como la flexibilidad y adaptabilidad, en función de las diferentes circunstancias de tiempo y lugar, de sus principios secundarios y de sus conclusiones remotas.

B. *La legalidad*

El momento de la legalidad está constituido por el reconocimiento y la formulación de los derechos humanos en los textos jurídico-positivos (formulación dogmática), especialmente en el texto Constitucio-

21. Op. cit., págs. 61 y 62.

nal²², fijando su contenido y sus límites así como las condiciones y las garantías necesarias para su ejercicio efectivo²³.

En relación con el momento de la legalidad se plantea el problema de la *eficacia normativa de la positivación* (del reconocimiento y de la formulación dogmática) *de los derechos humanos*, distinguiendo al respecto la doctrina entre normas directamente aplicables y normas que no son directamente aplicables.

a) *Normas directamente aplicables*

Normas directamente aplicables o de eficacia inmediata son aquellas que pueden ser aplicadas por los órganos competentes, bien por sí mismos o bien a instancia del sujeto legitimado para ello, siempre que concurren los supuestos previstos para la aplicación de las mismas.

Entre ellas hay que distinguir:

1.º *Las leyes y los reglamentos:*

La eficacia normativa de las leyes y de los reglamentos que desarrollan y concretan los derechos humanos constitucionalizados no ofrece problemas: se trata de normas que son directamente aplicables.

2.º *La norma constitucional.*

La eficacia normativa de la Constitución si plantea más problemas, distinguiéndose, en relación con el tema que nos ocupa, dos posiciones claramente diferenciadas:

La doctrina tradicional, según la cual la constitución es «*norma normarum*»; una norma que vincula a los órganos de creación del derecho; un mandato dirigido al legislador, para que desarrolle y concrete sus preceptos, no siendo ella, en sí misma, norma directamente aplicable. Según esta posición doctrinal los derechos humanos reconocidos en la constitución sólo serán ejercitables cuando hayan sido desarrollados y concretados por las normas correspondientes.

La doctrina actual, surgida tras la Segunda Guerra Mundial, y que inaugura la Ley Fundamental de Bonn (1949), tiende a asegurar y fortalecer la legalidad constitucional —como reacción frente a la experiencia totalitaria— reivindicando para la Constitución la condición

22. Observa Juan XXIII: «...en nuestra época, lo primero que se requiere en la organización jurídica del Estado es redactar, con fórmulas concisas y claras, un compendio de los derechos fundamentales del hombre e incluirlo en la Constitución general del Estado». *Pacem in terris*, núm. 75.

23. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...* cit., pág. 190.

de «norma directamente aplicable»; su eficacia inmediata o directa se asienta sobre la base de dos principios complementarios:

a) El «*principio de aplicación inmediata*», según el cual no es necesario esperar a que una ley desarrolle el correspondiente precepto constitucional para que los derechos y deberes en él contenidos puedan ser directamente aplicables. Tal es la novedad que introduce el art. 1º.3. de la *Ley Fundamental de Bonn*, tras su reforma de 19 de marzo de 1956. Dicho precepto proclama: «Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable».

Dicho principio aparece reconocido en la *Constitución Española* de 1978, en su art. 53.1 y 2. El art. 53.1 indica: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». El núm. 2 del citado precepto señala: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

b) El «*principio de vinculación más fuerte*», que obliga a todos los sujetos de la vida pública y, en particular, a los poderes públicos a hacer primar su obediencia directa a la Constitución sobre su vinculación por cualquier otro precepto existente en el ordenamiento jurídico. En este sentido el art. 9.1 de la *Constitución Española* establece: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»²⁴.

b) *Normas que no son directamente aplicables*

Se trata de normas cuya eficacia normativa no es inmediata (no son normas directamente aplicables), dependiendo su aplicabilidad de su complemento, desarrollo y concreción por otras normas o de la creación de las condiciones reales que permitan su efectiva aplicación.

24. Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, S. A., Madrid 1981, págs. 71 y ss.; FRANCISCO RUBIO LLORENTE, op. cit., págs. 55 y ss.

Dentro de esta categoría de normas cabe destacar:

1.º *Las normas pendientes de desarrollo.*

Se trata de normas cuya posibilidad de aplicación depende de que sean desarrolladas y completadas por otras normas. Así, por ejemplo, el art. 39.2 de nuestra *Constitución* cuando indica: «...La ley posibilitará la investigación de la paternidad»; o el art. 54 del mismo texto legal que establece: «Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales...».

2.º *Las normas teleológicas o ideológicas.*

Este tipo de normas pertenece a la categoría de las denominadas tradicionalmente «normas programáticas». Las normas teleológicas o ideológicas enuncian los fines generales del Estado que vinculan y orientan a los poderes públicos, constituyendo los principios que deben inspirar los programas legislativos y de gobierno. Dichos principios pueden aparecer formulados en el preámbulo, o en el texto articulado de la Constitución, expresando los valores, las creencias o los supuestos ideológicos sobre los que se asienta el Estado y las metas u objetivos que el mismo se propone realizar, faltando, en todo caso, la intención de su inmediata aplicación al no existir los supuestos necesarios que la hagan posible²⁵. Tal es el significado de los arts. 39 y ss. de la *Constitución Española*, situados bajo el epígrafe: «De los principios rectores de la política social y económica». Análoga significación y alcance tienen, por ejemplo, los arts. 9.2, 10, 47 y 130 de nuestro vigente texto constitucional.

3.º *Los «mandatos al legislador».*

Esta especie de normas pertenece también al género de las denominadas «normas programáticas». Se trata de normas que imponen al legislador la obligación inmediata de elaborar una determinada ley²⁶.

25. Sobre el tema Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...* cit. págs. 194 y ss., 209 y ss., 217 y ss.; FRANCISCO RUBIO LLORENTE, op. cit. págs. 71 y ss.

26. Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit. págs. 121 y ss., y 126; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 189 y ss., 221 y ss.; FRANCISCO RUBIO LLORENTE, op. cit. págs. 70 y ss.

c) *Funciones que cumplen todos los preceptos constitucionales*

Aunque todos los preceptos constitucionales no poseen el mismo grado de eficacia normativa, de aplicabilidad, todos ellos cumplen unas funciones análogas que se despliegan en los planos hermenéutico y de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las normas.

1.º *Constitución y hermenéutica jurídica*

La Constitución, como un todo sistemático, constituye el supremo criterio normativo desde el cual debe comprenderse e interpretarse, vinculadamente, el resto del ordenamiento jurídico. Ello constituye una exigencia lógico-sistemática del proceso de la aplicación del derecho que ha sido consagrada técnicamente por la doctrina y por la jurisprudencia alemanas bajo la denominación de *principio de interpretación conforme a la Constitución* («*Verfassungskonforme Auslegung Prinzip*») ²⁷. La consagración doctrinal y jurisprudencial de este principio supone:

— La necesidad de interpretar, de fijar el significado de las diferentes normas que integran el ordenamiento jurídico, en función de los principios y preceptos constitucionales.

— La posibilidad de integrar las lagunas del ordenamiento jurídico en base a los principios y valores reconocidos en el texto de la Constitución.

— La obligación de todos los sujetos de la vida jurídica de rechazar cualquier interpretación contraria a la Constitución.

2.º *Constitución y constitucionalidad de las normas jurídicas.*

Desde otra perspectiva los principios y preceptos constitucionales constituyen el punto de referencia, el criterio y la medida en función de los cuales se enjuicia y se decide toda pretensión de inconstitucionalidad dirigida a anular normas o actos presuntamente inconstitucionales.

C. *La eficacia*

La mera formulación dogmática de los derechos del hombre no agota el proceso de su positivación. Esta exige el efectivo ejercicio y disfrute de los mismos: su eficacia o efectividad.

²⁷ Cfr. KARL LARENZ, *Metodología de la Ciencia del derecho*, trad. esp. de Marceño Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1980, págs. 337 y ss.; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. págs. 95 y ss.; FRANCISCO RUBIO LLORENTE, op. cit. págs. 72 y ss.

Desde estos supuestos la positivación implica una serie de exigencias relativas a:

a) *La creación de las condiciones reales* (económicas, sociales, políticas, culturales...) que permitan y hagan posible el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos positivados²⁸.

b) *La necesaria intervención del Estado* para «crear las condiciones que, de modo especial, precisan la implantación de los derechos económicos, sociales y culturales»²⁹. En este sentido señala Juan XXIII: «Es además deber de quienes están a la cabeza del país trabajar positivamente para crear un estado de cosas que permita y facilite al ciudadano la defensa de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. De hecho la experiencia enseña que, cuando falta una acción apropiada de los poderes públicos en lo económico, lo político o lo cultural, se produce entre los ciudadanos, sobre todo en nuestra época, un mayor número de desigualdades en sectores cada vez más amplios, resultando así que los derechos y deberes de la persona humana carecen de toda eficacia práctica»³⁰.

Respecto de la necesaria intervención del Estado para hacer efectivo el ejercicio y disfrute de los derechos de la persona humana establece la *Constitución Española*, art. 9.2: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan y dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Análoga significación tienen los arts. 39 y ss. de nuestro texto constitucional, situados bajo el epígrafe: «De los principios rectores de la política social y económica».

c) *El establecimiento de un régimen eficaz de garantías de los derechos humanos*, que constituye el problema más urgente de dichos derechos pues la eficacia de los mismos depende fundamentalmente de la eficacia de sus garantías³¹.

28. Cfr. PABLO VI, *Octogesima adveniens*, Núm. 23; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 182 y ss., 187 y 252.

29. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. pág. 230. Cfr. págs. 215 y ss.

30. *Pacem in Terris*, Núm. 63.

31. Cfr. FELICE BATTAGLIA, op. cit. pág. 178 y ss., y 179 y ss.; *Los derechos fundamentales del hombre, de ciudadano y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras*, en el vol. «Estudios de Teoría del Estado», cit. págs. 169 y 170; NORBERTO BOBBIO, *Presente y porvenir de los Derechos Humanos*, en «Anuario de Derechos Humanos», T. 1, 1981. Universidad Complutense, Facultad de Derecho,

III. VIAS DE CARACTER DOGMATICO PARA LA POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las vías o cauces de carácter dogmático para la positivación de los derechos del hombre son fundamentalmente los siguientes:

1. LA LEGISLACIÓN

La ley, en cuanto forma de expresión del derecho, constituye la principal vía de positivación de los derechos humanos, esto es, de la concreción y determinación del contenido, del alcance, de los límites y del régimen de garantías de los mismos.

Dentro de la legislación hay que distinguir dos grados o niveles diferentes de positivación: los constituidos por la legislación constitucional y por la legislación ordinaria ³².

3. *La legislación constitucional*

El marco fundamental de la positivación de los derechos humanos es el constitucional.

a) *Sistemas de constitucionalización de los derechos humanos*

Siguiendo a Ernst Von Hippel ³³, el profesor Pérez Luño indica que el proceso de positivación de los derechos del hombre en el ámbito constitucional (: «constitucionalización» de los derechos humanos) puede llevarse a cabo a través de tres técnicas diferentes:

a. *La técnica de las cláusulas generales*: la enunciación dogmática en el texto constitucional de grandes valores y principios: (dignidad humana, igualdad, libertad, etc.).

b. *La técnica de la enumeración casuística* de todo un catálogo de derechos fundamentales del hombre: (derechos a la vida, a la inte-

Instituto de Derechos Humanos. Madrid, 1982, págs. 9, 20 y ss.; GREGORIO PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, 3.^a ed. Ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980, págs. 167 y ss.

32. Cfr. GREGORIO PECES-BARBA, op. cit. págs. 136 y ss., 138 y ss. 144 y ss.

33. *Grenzen und Wesengehalt der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, págs. 51 y ss.

gridad física y moral, a la libertad en sus más diversas manifestaciones: libertad de movimiento, de residencia, de pensamiento, de reunión, de asociación, etc.).

c. *La técnica mixta*: combinación de la proclamación de grandes principios y postulados relativos a los derechos del hombre —generalmente en el preámbulo de la constitución— con la formulación y desarrollo, en el texto articulado de la misma, de un catálogo sistematizado de los derechos fundamentales del hombre, de significación y contenido más concreto ³⁴.

b) *Eficacia normativa y funciones de la constitucionalización de los derechos humanos*

Ya nos hemos referido al diferente grado de la eficacia normativa de la constitucionalización de los derechos del hombre, al distinguir entre «normas directamente aplicables» y «normas que no son directamente aplicables». En todo caso hay que advertir que la constitucionalización de los derechos de la persona humana despliega una serie de funciones de naturaleza y significación diferente, entre las que cabe destacar:

a) Informar la legislación ordinaria, la actuación de los poderes públicos y la práctica judicial ³⁵.

b) Operar como criterio hermenéutico para la interpretación, la integración y el desarrollo del ordenamiento jurídico ³⁶.

c) Constituir parte de los criterios en función de los cuales se enjuicia la «constitucionalidad» de la legislación, de la jurisdicción y de la actuación de los poderes públicos.

B. *La legislación ordinaria*

Aunque el marco de positivación fundamental de los derechos de la persona humana es el constitucional, la legislación ordinaria cumple

34. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. pág. 188.

35. A este respecto, la *Constitución Española* declara:
«Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos (...).

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos...».

36. Cfr. KARL LARENZ, *Metodología...*, cit., págs. 308 y ss., 359 y ss.

al respecto una serie de funciones importantísimas, que pueden sintetizarse en las siguientes:

a) Desarrollo, concreción y fijación del contenido de los derechos humanos constitucionalizados, así como el establecimiento de sus límites y régimen de garantías.

b) Desarrollo y concreción de los principios y normas constitucionales que no son de aplicación inmediata, regulando y fijando cada uno de los extremos indicados en el apartado a.

c) La positivación y regulación de derechos no recogidos en el texto constitucional³⁷.

2. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN

Otro cauce de significación dogmática para la positivación de los derechos de la persona humana es el constituido por las específicas actuaciones del Gobierno y de la Administración. En el Estado moderno el desarrollo, la concreción y la regulación del sistema de los derechos humanos descansa en gran medida —a pesar de los recelos que siempre ha suscitado desde el supuesto de los principios y del esquema propio del Estado de derecho— en la potestad reglamentaria del Gobierno y de la Administración³⁸, si bien, como puntualiza Pérez Luño, se trata de una competencia de carácter:

— *Residual*: en virtud del principio de «materias reservadas» (reserva de ley).

— *Subsidiaria*: subordinada y dependiente de normas de rango superior.

— *Controlada*: a través de las jurisdicciones constitucional, administrativa u ordinaria³⁹.

En este sentido corresponde, en cierta medida, a la actividad reglamentaria del Gobierno y de la Administración:

a) El desarrollo y concreción del contenido de los derechos de

37. Cfr. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 223 y 225.

38. Cfr. *Ibid.* págs. 226 y 227; ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, Gregorio del Toro, Editor, Madrid, 1968, págs. 129 y 133.

la persona humana, así como la fijación de sus límites y del correspondiente régimen de garantías.

b) La creación de las condiciones reales que hagan posible el ejercicio y goce efectivos de los derechos del hombre⁴⁰.

3. LA JURISDICCIÓN

El progresivo reconocimiento de la función «creadora» de la jurisdicción ha tenido su correspondiente reflejo en una importante participación de los jueces en el proceso de «positivación» de los derechos humanos que se ha desarrollado, con diferente alcance e intensidad, en distintas direcciones. En este sentido cabe señalar diversas tareas específicas, ya de la jurisdicción ordinaria, ya de la jurisdicción constitucional, que de un modo mediato, unas veces, e inmediato, otras, implican un proceso de positivación de los derechos de la persona humana. Así tenemos:

a) La función de los tribunales —en el ejercicio de sus tareas de interpretación y aplicación de las normas jurídicas de *adaptación del derecho*, constitucional y ordinario, a los hechos y circunstancias siempre nuevos de la vida social. Ello ha sido especialmente significativo en Inglaterra y demás países del *Common Law* (adaptación y concreción de viejos textos constitucionales: Carta Magna, Habeas Corpus, Bill of Rights...) hasta el punto de que en dichos países «la consagración del estatuto de los derechos fundamentales se ha ido gestando, en gran medida, a través de los precedentes jurisprudenciales»⁴¹.

b) La tarea de enjuiciamiento y decisión sobre la *constitucionalidad de las normas jurídicas*, la cual implica una referencia de las normas en cuestión al texto constitucional y, en especial, a los derechos fundamentales de la persona humana, en virtud de la llamada *cláusula de intangibilidad o cláusula del respeto debido al contenido esencial de los derechos humanos* —que constituyen auténticas garan-

39. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...* cit. págs. 229 y ss.

40. Cfr. Ibid. pág. 230, GREGORIO PECES-BARBA, op. cit. págs. 145 y ss. Véanse los arts. 9.2 y 39 y ss. de la *Constitución Española*, ya cit.

41. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 231. Cfr. 224. LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *La justicia constitucional*, en «Revista de Derecho Político», núm. 16. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1981-1982, pág. 26; GREGORIO PECES-BARBA, op. cit., págs. 148 y ss.

tías de los mismos⁴² — de modo que, como ha señalado Krüger, en este orden de cosas se ha llegado a producir el siguiente cambio: «antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos humanos»⁴³.

c) *La aplicación de normas* no desarrolladas por otras de rango inferior, pero «directamente aplicables» en virtud del «principio de aplicación inmediata de la constitución»⁴⁴, y la aplicación de «normas que no son directamente aplicables» — porque constituyen formulaciones de valores y principios filosóficos, morales y políticos sobre los que se asienta el Estado, o normas teleológicas que indican metas u objetivos hacia los cuales debe orientarse la actividad del Estado — pero que han sido aplicadas por vía jurisdiccional como «principios generales del derecho»⁴⁵.

d) Mediante el *reconocimiento*, a través del ejercicio de la función jurisdiccional, *de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales constitucionalizados (Drittwirkung der Grundrechte)*, en virtud de la vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales, los cuales han de ser tenidos en cuenta y respetados no sólo en las relaciones entre los individuos y el Estado, sino también en las relaciones entre los particulares entre sí y entre los particulares y la Administración sometidas al derecho privado⁴⁶.

42. *La Ley Fundamental de Bonn*, en relación con la restricción de algún derecho fundamental mediante ley, preceptúa en su art. 19.2 que «en ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental».

La *Constitución Española*, en análogo sentido, declara en su art. 53.1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo de presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...».

43. HEBER KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Bonn, 1950, pág. 12. Cfr. PEDRO DE VEGA GARCÍA, *Jurisdicción Constitucional y crisis de la Constitución*, en «Revista de Estudios Políticos», Núm. 7 (Nueva Epoca), Enero-Febrero 1979, Madrid, págs. 110 y ss.; ANGEL GARRORENA MORALES, *La sentencia constitucional*, en «Revista de Derecho Político», núm. 11. Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1981, págs. 11 y ss.; GREGORIO PECES-BARBA, op. cit. pág. 147 y ss.

44. Cfr. LUIS SÁNCHEZ AGESTA, op. cit. pág. 25.

45. Cfr. ANTONIO EURIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 119, 200 y 231.

46. Cfr. HANS-PETER SCHNEIDER, *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en «Revista de Estudios Políticos», Núm. cit. págs. 21 y ss.; ANTONIO PÉREZ-LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 218 y ss.; EKKEHART STEIN, *Derecho Político*, trad. esp. de Fernando Sáinz Moreno. Ed. Aguilar, Madrid, 1973, págs. 242 y ss.

Sobre esta problemática destacan, defendiendo posiciones encontradas, las obras de Friedrich Müller, *Die Positivität...* cit. págs. 37 y ss., y HANS PETERS, *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg-New York, 1969, págs. 26, 243 y ss., en especial, 245 y ss.

e) La acción desplegada por el Tribunal Constitucional alemán y por la judicatura alemana que, como indica Pérez-Luño, apoyados por un amplio sector de la doctrina, han considerado que les incumbe una función creadora del derecho en aquellos supuestos en que el poder legislativo no ha desarrollado las cláusulas generales de la Ley fundamental o cuando las normas creadas no se han ajustado adecuadamente a los principios constitucionales, desarrollando así una *función integradora del ordenamiento jurídico*, «*contra legem*», en ocasiones, pero siempre «*secundum constitutionem*», la cual ha tenido como resultado la correspondiente positivación de derechos de la persona humana que, por diferentes motivos, había venido siendo soslayada⁴⁷.

f) Mediante la *resolución* de los correspondientes *recursos* de los que los tribunales, constitucionales y ordinarios, conocen en relación con la protección de los derechos humanos⁴⁸.

* * *

En el ámbito del *Derecho internacional* tenemos *órganos judiciales* —entre ellos el «Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre»⁴⁹, cuyo papel viene siendo muy limitado —y *órganos cuasi-judiciales*— «Comisión Europea de los Derechos del Hombre», «Comisión Interamericana de los Derechos del Hombre», «Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial», «Comité de Liberación Sindical» de la O.I.T...— que han desenvuelto una obra de mayor eficacia en la fijación, concreción, promoción y protección de los derechos humanos, y cuyas decisiones, aunque carecen de eficacia normativa, despliegan una fuerza considerable en cuanto instrucciones dirigidas a los gobiernos y a los órganos políticos y judiciales. Algunas de estas organizaciones cuasi-judiciales, en particular la «Comisión Europea de los Derechos del Hombre» y el «Comité de Libertad Sindical» de la O.I.T., han elaborado un importante repertorio de jurisprudencia, en relación con los derechos de la persona humana, al interpretar y aplicar normas de Derecho internacional⁵⁰.

48. Cfr. LUIS SÁNCHEZ AGESTA, op. cit. pág. 25.

49. Sobre dicho tribunal Cfr. KAREL VASAK, *Le Conseil de l'Europe*, en el vol. col. «Les dimensions internationales des droits de l'homme». Unesco, Gand (Belgique), 1978.

50. Cfr. THEODOR C. VAN BOBEN, *Aperçu du Droit International Positif des Droits du l'Homme*, en el vol. col. «Les dimensions internationales...», cit. págs. 120 y ss.

4. EL PACTO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y A LOS ACTOS UNILATERALES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Desde una perspectiva histórica el pacto, el contrato, se configura como un cauce fundamental para la positivación de los derechos de la persona humana. Así sucedió, por ejemplo, en la Edad Media. En este sentido indica Battaglia, refiriéndose especialmente a la Historia constitucional inglesa, que el instrumento jurídico de positivación de los derechos fundamentales del hombre —con el carácter específicamente estamental que éstos tuvieron en dicha época⁵¹— «no consiste en una concesión de derecho público que el soberano hace a los súbditos, sino en un contrato en el que sobre un fundamento que me atreveré —dice— a llamar patrimonial, aunque no propiamente privado, intervienen las dos partes, y en el que el soberano renuncia a ciertas prerrogativas suyas en favor de los súbditos»⁵². Así, pues, los derechos de la persona humana aparecen positivados, indica Battaglia en otro lugar, «a través de acuerdos particulares y en términos contractuales»⁵³, de modo que dichos derechos son positivados en el ámbito del derecho privado para ser desarrollados, posteriormente, por el derecho público⁵⁴.

En la actualidad, el pacto, como cauce de positivación de los derechos humanos, posee una gran virtualidad en el ámbito de Derecho internacional, en donde cobran especial relieve, como vías de positivación de los derechos del hombre, los tratados internacionales, junto con los actos unilaterales de las organizaciones internacionales. Ello se realiza a través de dos vías fundamentales: una, de mayor eficacia normativa, mediante su incorporación al derecho interno, a través de los mecanismos constitucionales adecuados; otra, de menor intensidad normativa, informando el proceso de interpretación del derecho interno.

a) *Los tratados internacionales*

Entre los tratados internacionales relativos a los derechos huma-

51. Cfr. FELICE BATTAGLIA, *Los derechos fundamentales del hombre...* cit. pág. 160; *Declaraciones de derechos*, cit. págs. 183 y ss.

52. FELICE BATTAGLIA, *Los derechos fundamentales del hombre...*, cit. pág. 161.

53. *Declaraciones de derechos*, cit. pág. 181. Cfr. las págs. 183 y ss.

54. Cfr. *Ibid.* págs. 180 y ss., 183 y ss.

nos destacan, entre otros: el «Pacto Internacional de derechos civiles y políticos» (Nueva York, 1966), el «Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos» (Nueva York, 1966), el «Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales» (Nueva York, 1966), la «Convención Europea de salvaguardia de los derechos de hombre y de las libertades fundamentales» (Roma, 1950), con sus Protocolos adicionales, y la «Carta Social Europea» (Turín, 1961).

Los tratados biaterales o multilaterales, en cuanto fuente fundamental del Derecho internacional, tienen eficacia normativa directa, siendo normas de aplicación inmediata.

En los tratados internacionales los Estados se comprometen a cumplir las cláusulas de los mismos y a mantener o establecer el estado de cosas exigido por el convenio y a prever determinados sistemas de garantías para los derechos fundamentales de hombre⁵⁵.

b) *Los actos unilaterales de las organizaciones internacionales.*

Dentro de esta categoría de actos, genéricamente llamados resoluciones, se han distinguido dos especies fundamentales: las declaraciones y las recomendaciones. Esta distinción aparece consagrada por a misma práctica de la O.N.U.

1.º *Las declaraciones.*

La declaración «es un instrumento formal y solemne adecuado para aquellas raras ocasiones en que se enuncian principios de grande y duradera importancia». Las declaraciones crean en el órgano que las adopta «una fuerte expectativa de que sean cumplidas por los miembros de la comunidad internacional (...de modo que) una declaración puede llegar a ser reconocida como enunciando reglas obligatorias para los Estados en virtud de la costumbre»⁵⁶.

La eficacia normativa de las declaraciones ha sido muy discutida, dependiendo en última instancia de factores y circunstancias de hecho, aunque se le reconoce un valor normativo indirecto. Así, en relación con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U.*

55. Cfr. IMRE SZABO, *Fondaments historiques et développement des droits de l'homme*, en el vol. col. «Les dimensions internationales...», cit. págs. 30 y ss., y 37 y ss.

56. ANTONIO REMIRO BROTONS, *Lecciones de Derecho Internacional* (Formación de normas y obligaciones internacionales), Murcia, 1981, pág. 37.

(1948), se ha discutido su validez normativa, defendiéndose las siguientes posiciones:

a) La negación del carácter jurídico-internacional de dicha declaración. Su validez, se entiende, es moral pero no jurídica (Kelsen, Verdross, Díez de Velasco...).

b) El reconocimiento de una autoridad jurídica indirecta a dicha declaración: los principios de la declaración tienen validez como criterio hermenéutico para la interpretación de la Carta de la O.N.U., como principios generales del derecho... (Lauterpacht).

c) La afirmación del carácter específicamente jurídico de la declaración, la cual posee eficacia jurídico-normativa (Battaglia, René Cassin, Truyol y Serra)⁵⁷.

2.º *Las recomendaciones.*

La recomendación tiene un carácter menos formal y solemne y su eficacia normativa es muy débil. Su sentido es el de invitar —no el de obligar— a los Estados a observar un determinado comportamiento⁵⁸.

c) *Algunas puntualizaciones en relación con la positivación de los derechos humanos en los textos jurídicos internacionales*

1.º *Significación y alcance del proceso de positivación de los derechos humanos desenvuelto por la O.N.U.*

El profesor Pérez Luño entiende que el proceso de positivación de los derechos humanos llevado a cabo por la O.N.U. constituye un fenómeno continuo articulado en tres momentos fundamentales, cada uno de los cuales ha de entenderse en conexión orgánica con los demás. Dichos momentos son los constituidos por:

57. Cfr. FELICE BATTAGLIA, *Declaraciones de derechos*, cit. págs. 192 y ss.; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, *La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el orden jurídico interno*, en el vol. col. «Política y derechos humanos», Fernando Torres Ed., Valencia, 1976, págs. 113 y ss.; JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derechos humanos y situaciones coloniales*, Ibid. págs. 136 y ss.; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 201 y ss.; IMRE SZABO, op. cit. pág. 24 y ss.; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar*, cit. págs. 31 y ss.; ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, Trad. esp. de la 4.ª ed. alemana por Antonio Truyol y Serra, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, págs. 506 y ss.

58. Cfr. ANTONIO REMIRO BROTONS, op. cit. págs. 36 y ss.

- a) La preparación y la formuación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.
 - b) Su desarrollo y concreción a través de diferentes pactos.
 - c) Su realización mediante las correspondientes medidas de ejecución y demás garantías previstas en dichos instrumentos jurídicos⁵⁹.
- 2.º *Funciones de la positivación de los derechos humanos a través de los tratados internacionales y de los actos unilaterales de las organizaciones internacionales.*

La positivación de los derechos fundamentales de la persona humana en los mencionados instrumentos internacionales desarrolla una multiplicidad de funciones. En un ensayo de síntesis débese destacar las siguientes:

- a) El desarrollo, la concreción y la fijación del contenido, de los límites y de las garantías de los derechos humanos⁶⁰.
- b) Informar la legislación de los Estados.
- c) Constituir un criterio hermenéutico en el proceso de aplicación del derecho (interpretación, integración etc.).
- d) Contribuir a crear una «*conciencia jurídica*» internacional cuya eficacia penetra y conforma de múltiples modos el tejido del Derecho interno e internacional, así como la práctica política nacional e internacional, constituyendo una garantía «fáctica» (social) de los derechos humanos. En este sentido tiene especial significación el reconocimiento, con carácter excepcional, del «*principio de intervención por razones de humanidad*» (defendido ya por Francisco de Vitoria y Francisco Suárez), directamente conectado con los procesos de positivación y protección de los derechos del hombre⁶¹.
- e) Impulsar y catalizar el proceso de formación, de cristalización, de costumbres internacionales.

59. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 206 y ss.; ALFRED VERDROSS, *La Filosofía del Derecho...* cit. pág. 381; ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, op. cit. págs. 129 y ss.

60. Cfr. TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», Núm. 61, Madrid 1980, págs. 136 y ss. y 138.

61. Cfr. ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, cit. págs. 79, 504 y ss.; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar*, cit. págs. 31 y ss., 40 y ss.; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 203 y ss.; ANTONIO REMIRO BROTONS, op. cit. págs. 14 y ss., 23 y ss., 37 y ss.

5. LA COSTUMBRE

La costumbre, tanto nacional como internacional, constituye otro cauce dogmático para la positivación de los derechos humanos.

Los documentos que reconocen los derechos humanos —frecuentemente de carácter constitucional— se presentan, a menudo, como consolidación y fijación de derechos históricos que encuentran o buscan su raíz y fundamentación en una tradición inmemorial⁶².

En el ámbito del Derecho internacional, la costumbre suele ser el cauce más espontáneo y natural para la cristalización, en normas jurídicas, de los valores y derechos del hombre reconocidos y sentidos por la conciencia jurídica internacional.

IV. EL PROCESO HERMENEUTICO DE LA COMPRESION Y DE LA POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

En relación con los derechos fundamentales del hombre hemos distinguido dos cuestiones diferentes: de un lado, el hecho de la existencia y de la fundamentación de tales derechos, en cuanto principios de derecho natural; de otro lado, el proceso histórico del descubrimiento de los mismos y su formulación dogmática.

Desde la perspectiva de su positivación los derechos humanos se nos presentan con una significación histórica, perfectamente compatible con su naturaleza y fundamentación iusnaturalista —son derechos históricos, concretos⁶³—, cuyo sentido y alcance es preciso explicar en función del proceso hermenéutico de su comprensión y formulación dogmática, el cual posee carácter histórico.

62. Cfr. FELICE BATTAGLIA, *Los derechos fundamentales del hombre...*, cit. págs. 160 y 161; *Declaraciones de derechos*, cit. págs. 180 y ss., 183 y ss.; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., págs. 79 y 93; GREGORIO PECES-BARBA, op. cit., págs. 151 y ss.

63. Cfr. FELICE BATTAGLIA, *Declaraciones de derechos*, cit. págs. 177 y ss.; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar*, cit. pág. 11 y ss.; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. pág. 216; J. LLOMPART, *La historicidad de los derechos humanos*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», Núm. 12. Fasc. 2, 1972, págs. 131 y ss., en especial págs. 152 y ss.

1. HERMENÉUTICA Y DERECHOS HUMANOS

La positivación de los derechos del hombre es el resultado del proceso hermenéutico de su comprensión y fijación dogmática. Los derechos humanos se conocen, se concretan y se definen desde los supuestos del «horizonte histórico cultural» desde que el sujeto conoce y comprende. En este sentido es significativo el impacto vivencial que la guerra, con su violación sistemática de los derechos humanos, ha tenido en la configuración del específico horizonte histórico-cultural de las dos postguerras mundiales —en especial de la última— y en la necesidad, universalmente sentida, de reconocer, proclamar y garantizar los derechos fundamentales de la persona humana.

a) *Significación y momentos del proceso hermenéutico de la comprensión*

La positivación de los derechos del hombre constituye un fenómeno que debe ser planteado y entendido desde el supuesto del proceso hermenéutico de la comprensión.

El proceso hermenéutico de la comprensión, como ha subrayado Gadamer⁶⁴, constituye un fenómeno complejo dentro del cual aparecen involucrados el objeto que se trata de comprender, el sujeto que comprende y la específica situación u horizonte histórico desde el que se comprende. En su significación actual la hermenéutica constituye un proceso complejo, pero unitario, dentro del cual cabe distinguir, desde un punto de vista abstracto —como ha señalado Gadamer—, diferentes momentos, cada uno de los cuales es inseparable, solidario, de los demás dentro de la dinámica de dicho proceso⁶⁵. Dichos momentos son:

a) *La precomprensión*, constituida por conjeturas, opiniones previas o anticipaciones de sentido con las que el sujeto se aproxima al texto (objeto) que trata de comprender y lo penetra⁶⁶.

64. Cfr. HANS-GEORG GADAMER, *Verdad y método* (Fundamentos de un hermenéutica filosófica), trad. esp. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Ed. Sígueme, Salamanca, 1977, págs. 227, 244 y ss., 331 y ss., 360 y ss. y 620.

65. Cfr. *Ibid.* págs. 378 a 383.

66. Cfr. THEODOR SCHRAMM, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Carl Heymanns Verlag, L. G. Köln-Berlín-Bonn-München, 1978, pág. 78; KAR LARENZ, *Metodología...*, cit., págs. 196 y ss.

b) *La comprensión*, que se inicia, para Gadamer, cuando el sujeto es capaz de salir del círculo de sus propias opiniones previas, a través de las cuales entra en contacto con el texto, toma conocimiento de las opiniones de quien le habla a través del texto, con independencia de que las comparta o no ⁶⁷, descubriendo la pregunta a la que el texto es respuesta ⁶⁸.

c) *La interpretación*, que según Gadamer, no es un momento posterior y complementario de la comprensión sino una dimensión constitutiva del mismo proceso, a través de la cual se explicita la comprensión ⁶⁹.

d) *La aplicación* que, en opinión de Gadamer, es otra dimensión constitutiva de la comprensión, pues ésta siempre implica, dice Gadamer, «algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete» ⁷⁰.

En virtud de los momentos o dimensiones anteriormente apuntados el proceso hermenéutico de la comprensión se configura como un fenómeno complejo, de significación no sólo científica sino de naturaleza artística y creadora, también, en el que no cabe separar la comprensión y la interpretación del texto de su aplicación a la realidad histórico-concreta, puesto que la fijación («concreción») del sentido «razonable» del texto sólo puede llevarse a cabo mediante un proceso dialéctico, de ida y vuelta, que va del texto a los hechos —a la situación histórico-concreta del sujeto que comprende— y de los hechos al texto, en un proceso de continua «renovación» del sentido del texto, con el fin de encontrar el significado más satisfactorio y adecuado a la realidad histórico-concreta ⁷¹.

Desde estos supuestos el fenómeno hermenéutico de la comprensión —desde el cual hay que entender en la plenitud de su significación el proceso de la positivación de los derechos del hombre— se configura como un proceso permanente «abierto» al devenir históri-

HANS-GEORG GADAMER, op. cit. págs. 333 y ss., 364 y ss. y 403; EMERICH CORETH, *Cuestiones fundamentales de hermenéutica*, trad. esp. de Manuel Balasch, Ed. Herder, Barcelona 1972, págs. 38, 113, 115, 116, 146, 147, 165 y 166; JULIEN FREUND, *Las teorías de las ciencias humanas*, trad. esp. de Jaume Fuster, Ed. Península, Barcelona, 1975, pág. 53.

67. Cfr. HANS-GEORG GADAMER, op. cit., págs. 333 a 335.

68. Cfr. Ibid. pág. 447. Véanse también las págs. 268 y ss. Una caracterización distinta de la comprensión encontramos en Heidegger, *Was heisst Denken?* Niemayer, Tübingen, 1954; *Vorträge und Aufsätze*, Neske, Pfulligen, pg. 1954.

69. Cfr. HANS-GEORG GADAMER, op. cit. págs. 378, 405, 409 y 410.

70. Ibid. pág. 379.

71. Cfr. HANS-GEORG GADAMER, Ibid. págs. 396 y 414; JULIEN FREUND, op. cit. págs. 53, 58, 90 y ss.

co; como un proceso sustancialmente histórico, incapaz, por lo tanto, de condensarse y cristalizar en interpretaciones «definitivas», y condenado eternamente a ir «recreándose», y «actualizándose», a medida que el curso de la historia va colocando continuamente al hombre ante horizontes siempre nuevos.

b) *Factores que fundamentan y explican la historicidad del proceso hermenéutico de la comprensión*

La historicidad del proceso hermenéutico de la comprensión se fundamenta y explica esencialmente en función de los factores que sustentan y permiten el desarrollo de dicho proceso, dotándolo de objetividad.

Dichos factores son:

a) *Los prejuicios del hermeneuta*, entendidos, no como falsos juicios, sino como juicios previos, que constituyen la primera vía de acceso a las cosas ⁷².

b) *El lenguaje*, pues existe una relación ontológica entre lenguaje y comprensión: las cosas se comprenden mediante el lenguaje, que «es la casa del ser» (Heidegger) ⁷³.

c) *La tradición histórica*, en el sentido de que el texto u objeto a comprender aparece cargado de una significación histórica y objetiva que informa y condiciona el momento actual de la comprensión, lo cual implica, como señala Gadamer, una rehabilitación del concepto y del valor de la «tradición histórica», que descansa —frente a la pretensión de la *Ilustración* de crear una ciencia puramente racional y desprovista de toda adherencia o condicionamiento histórico— sobre el supuesto de la compatibilidad existente entre autoridad y razón ⁷⁴.

d) *La efectividad de la historia*. La significación de la tradición en el proceso de la comprensión se integra como factor constitutivo que permite y, al mismo tiempo, garantiza la objetividad del proceso hermenéutico, determinando y constituyendo el «*horizonte histórico*» desde el que, en cada momento del devenir de la historia,

72. Cfr. HANS-GEORG GADAMER, op. cit. págs. 337, 338 y 344; *Kleine Schriften*, T. I. (Philosophie, Hermeneutik), Tübingen, 1967, pág. 106; EMERICH CORETH, op. cit. págs. 38 y 113.

73. Cfr. HANS-GEORG GADAMER, *Verdad y Método*, cit. págs. 334 y ss., 445 y ss., 467 y 553; MARTÍN HEIDEGGER, *Letre sur l'humanisme*, ed. bilingüe alemana y francesa, presentada por R. Munier, Aubrier, Ed. Montaigne, París, 1957, pág. 39.

74. Cfr. HANS-GEORG GADAMER, *Verdad y método*, cit. págs. 346 a 350.

es posible el despliegue del proceso de la comprensión. Se trata, en definitiva, de lo que Gadamer ha denominado «*principio de la historia efectiva*»⁷⁵.

Tenemos así, frente a la pretensión de ahistoricidad de la ciencia preconizada por la *Ilustración*, que la moderna hermenéutica ha reivindicado la significación del «horizonte histórico», desde el que se accede al conocimiento de un determinado objeto, subrayando de este modo la *historicidad del proceso de la intelección*. Significa ello que el proceso de comprensión que puede desplegar cada sujeto está condicionado y limitado por su «*situación histórica*», la cual permite y limita, al mismo tiempo, las posibilidades de comprensión, acotando y constituyendo así un determinado «*horizonte*», el cual es entendido por Gadamer como «el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto»; horizonte que, como subraya el mismo Gadamer, «no es una frontera rígida sino algo que se desplaza», con el sujeto, en el curso de la historia, determinando así la historicidad del proceso hermenéutico de la comprensión⁷⁶.

2. ESPECIAL SIGNIFICACIÓN DE LAS IDEOLOGÍAS EN EL PROCESO HERMENÉUTICO DE LA COMPRENSIÓN Y DE LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como hemos indicado, los prejuicios del hermeneuta constituyen

75. Cfr. *Ibid*, pág. 370 y ss., 376 y ss.

Coreth resume así la significación del «*principio de la historia efectiva*»: «Cada acontecer histórico sucede en el espacio de la historia, repercute en ella, crea condiciones y circunstancias históricas para el acontecer histórico ulterior. Cada palabra o testimonio histórico, por ejemplo, una palabra escrita del pasado, se pronuncia dentro de la historia y sigue actuando en ella. Repercutiendo e interpretándose en ella, penetra esta palabra en la tradición histórica. Pero por ello el acontecer o el testimonio histórico penetra en su acción y en su exégesis a través de la tradición, en el mundo inteligible de la historia de las generaciones siguientes. Se convierte a sí mismo en un momento de contenido del horizonte de comprensión, forma una «*precomprensión*» a partir de la cual percibimos y entendemos el acontecer o el testimonio. La tradición histórica actuante es la mediación entre la palabra o el acontecer preteritos y nuestra intelección actual. La historia misma como acontecer actuante se convierte en condición de la posibilidad de intelección histórica». *Op. cit.* págs. 163 y 164. Y añade más adelante: «A un mundo de sucesos o testimonios históricos del pasado que hay que conocer de forma puramente objetiva no se opone un sujeto puro, suprahistórico o extrahistórico. Más bien el sujeto mismo de la intelección histórica es acuñado por su historia. Tiene su posición histórica y su mundo de comprensión histórico, a partir del cual plantea preguntas a la historia y se las hace contestar, actualiza el pasado histórico en su propia actualidad y le da significado para su propio futuro», *op. cit.* pág. 165.

76. Cfr. *Ibid*, pág. 114; HANS-GEORG GADAMER, *Verdad y método*, cit. págs. 372 y ss., 309, 413 y ss., 437 y ss.; JULIEN FREUD, *op. cit.* págs. 63 y ss.

uno de los factores que sustentan y permiten el desarrollo del proceso hermenéutico de la comprensión.

Dichos prejuicios —entendidos, no como «juicios falsos» sino como «juicios previos», frente a la concepción peyorativa que le atribuyó la *Ilustración*— constituyen una dimensión ontológica del ser y del conocer humanos; un fenómeno consustancial con el ser histórico-social del hombre que, en cuanto «*ser-en-el-mundo*» (Heidegger), vive y desenvuelve su existencia dentro de un determinado círculo cultural y de una determinada tradición histórica, subrayando Gadamer, en este sentido, que «los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser»⁷⁷. Indica Gadamer que los «prejuicios», lejos de constituir necesariamente algo injustificado y falso que nos ocultan la verdad, son presupuestos necesarios de nuestra apertura al mundo «que constituyen justamente las condiciones de que experimentemos algo, de que nos diga algo aquello que nos sucede»⁷⁸.

Dentro de los prejuicios, así comprendidos, ocupan un lugar destacado, en el seno del proceso hermenéutico de la comprensión, la interpretación y la aplicación de los derechos de hombre, las *ideologías* «en cuanto sistema de pensamiento determinado inconscientemente por el impulso de legitimar intelectualmente una situación real» (*ideología*, en el sentido de Mannheim: pensamiento conservador) o la desaparición de una situación real y su sustitución por otra que aun no existe (*utopía*, en el sentido de Mannheim: pensamiento revolucionario)⁷⁹.

La *incidencia de las ideologías*⁸⁰ en el proceso de positivación de los derechos fundamentales del hombre explica, en gran medida, las diferencias, tensiones y conflictos que se dan en relación con:

- a) *El significado de la positivación de los derechos humanos y de sus garantías*

A este respecto tenemos diferentes posiciones:

— Desde los supuestos de la *ideología liberal* el problema central la positivación de los derechos del hombre consiste en el reco-

77. *Verdad y método*, pág. 344.

78. *Kleine Schriften*, T. I, cit. pág. 106.

79. Cfr. ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Fundamentos...*, cit. págs. 38 y 39; KARI MANNHEIM, *Ideología y utopía* (Introducción a la sociología del conocimiento), trad. esp. de Salvador Echevarría, Fondo de Cultura Económica, México, 1941, en especial, págs. 49 y ss., 169 y ss.

80. Cfr. FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit. pág. 121.

nocimiento y en la proclamación formal de los mismos en un texto jurídico-positivo.

— Desde los supuestos de la *ideología socialista* el centro de gravedad del problema de la positivación de los derechos humanos no radica tanto en su reconocimiento y proclamación dogmáticas como en el establecimiento de las adecuadas condiciones reales (económicas, sociales, políticas, culturales, etc.) que permitan su efectivo goce y ejercicio⁸¹.

b) *La concepción, el contenido y los límites de los derechos humanos*

El pluralismo ideológico; más aún, la pluralidad de concepciones del mundo y de la vida, la pluralidad de sistemas jurídico-políticos y económicos que esas diferentes concepciones del mundo y de la vida y ese pluralismo ideológico inspiran, hacen que los derechos humanos, en el proceso de su positivación, adquieran, en cada caso, una significación, unos contenidos y unos límites diferentes⁸². Buena muestra de ello son las dificultades que tuvo que vencer la «Comisión de Derechos Humanos» y la «Asamblea General» de la O.N.U. para llegar a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1978), conciliando las diferentes concepciones acerca del lugar, de la situación que el hombre ocupa en la sociedad y en el Estado, propias del liberalismo y del socialismo democrático del mundo occidental, con las específicas del socialismo o comunismo marxista del bloque soviético⁸³.

En función de esos diferentes supuestos ideológicos los derechos humanos cobran, por ejemplo, una significación negativa o positiva, según los casos.

1.º *Significación negativa de los derechos humanos.*

De este modo, desde los supuestos del Estado liberal de derecho,

81. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 187, 209 y ss., 216 y ss.; FELICE BATTAGLIA, *Los derechos fundamentales del hombre...*, cit. págs. 164 y ss.; JOSÉ CORTS GRAU, *Las modernas declaraciones de derechos...*, cit. págs. 24 y ss.

82. Cfr. SERGIUS HESSEN, *Los derechos del hombre en el liberalismo, en el socialismo y en el comunismo*, en el vol. col. «Los derechos del hombre». Ed. Laia, Barcelona, 1973, págs. 163 y ss.

83. Cfr. ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar*, cit. págs. 32 y ss.; JOSÉ CORTS GRAU, *Las modernas declaraciones de derechos...* cit. págs. 25 y ss.; NORBERTO BOBBIO, op. cit. págs. 26 y ss.

la libertad y los demás derechos fueron entendidos, fundamentalmente, en sentido negativo: como independencia frente al Estado y no ingerencia de éste en la vida social y económica, definiéndose una amplísima zona de libre actuación individual que constituye, a su vez, un límite a la actuación del Estado. La única función del Estado se reduce a velar para que los individuos no se perjudiquen entre sí (Estado-gendarme)⁸⁴.

2.º *Significación positiva de los derechos humanos.*

Bajo las concepciones propias del Estado social de derecho la libertad y los demás derechos de la persona humana cobran una *significación positiva*, apareciendo referidos a la capacidad efectiva de «poder hacer» algo, de adoptar decisiones y actuar eficazmente en la vida social. La libertad y los demás derechos aparecen referidos «a un poder concreto de realizar determinados fines en los que recae el objeto de la libertad (y de los demás derechos), no sólo por la inhibición o remoción de trabas que impiden su cumplimiento, sino mediante la prestación positiva de las condiciones y de los medios indispensables para su realización»⁸⁵. El ejercicio de la libertad y de los demás derechos presupone y exige una previa *intervención del Estado* para establecer las condiciones reales que lo hagan posible, lo cual se realiza «a través de una acción preventiva en unos casos (*policía*) y coadyuvante en otros (*servicios*)»⁸⁶. Ello significa, explica Sánchez Agesta, que la «libertad no implica sólo *independencia* frente al Estado, y ni aun siquiera *participación* en las decisiones comunes, sino una efectiva *capacidad de hacer y elegir*, que sólo el Estado puede proporcionar»⁸⁷.

c) *La eficacia normativa de la positivación de los derechos humanos*

Especial connotación ideológica tiene también el problema —en

84. Cfr. SERGIUS HESSEN, op. cit. págs. 165 y ss.; ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 2.ª ed., Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, págs. 11 y ss.; LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Lecciones de Derecho Político*, 6.ª ed., Granada, 1959, págs. 548, 575 y ss.

85. LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Lecciones...*, cit. pág. 548. Cfr. *La Constitución Española*, arts. 9.2 y 39 y ss.

86. LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Lecciones...*, cit. pág. 591.

87. LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución Española de 1978* (Ensayo de un Sistema), 2.ª ed., Ed. Nacional, Madrid 1981, pág. 105. Cfr. SERGIUS HESSEN, op. cit. págs. 168 y ss., 177 y ss.; NORBERTO BOBBIO, op. cit., págs. 26 y ss.; ELÍAS DÍAZ, op. cit. págs. 65 y ss.

apariciencia puramente técnico— de la eficacia normativa de la positivación de los derechos humanos, distinguiéndose al respecto dos posiciones: De un lado, la que sólo reconoce al fenómeno de la positivación de los derechos del hombre un *carácter programático*. Según esta posición, los derechos humanos positivizados no poseen carácter preceptivo sino declaratorio o programático. Constituyen principios normativos cuya función es la de declarar expresamente el fin del orden constitucional. Ello sucede, especialmente, en relación con los denominados *derechos económicos, sociales y culturales*⁸⁸. De otro lado, la segunda posición aludida es aquella que entiende que las normas que reconocen los derechos fundamentales de la persona humana tiene *carácter preceptivo*; esto es, que son auténticas normas jurídicas de aplicación inmediata, constituyendo una obligación directa del Estado el establecimiento de cuantas medidas sean necesarias para hacer posible el efectivo ejercicio y disfrute de tales derechos⁸⁹.

d) *Los sujetos titulares de los derechos humanos*

La incidencia de las ideologías en el proceso de positivación de los derechos humanos condiciona no sólo el problema de la significación, del contenido y de los límites de los derechos positivados y el de la eficacia normativa del fenómeno de la positivación, sino también otros muchos problemas entre los cuales destaca el de la determinación del titular de tales derechos. ¿De quién son esos derechos que se denominan humanos? ¿A quién pertenecen o se reconocen realmente?

La respuesta a esta última cuestión está muy condicionada por los diferentes supuestos ideológicos que han concurrido e impulsado el proceso de la positivación de los derechos del hombre. En este sentido, y desde una perspectiva histórica, los derechos se han predicado del hombre en cuanto miembro de una ciudad (polis), de un estamento, grupo o clase social, de una raza, de una nación, de un Estado (y frente al poder mismo del Estado), hasta llegar a su proclamación como derechos de todo ser humano, sin ninguna acepción⁹⁰.

88. Cfr. los arts. 39 y ss. de la *Constitución Española*.

89. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 209 y ss., 211 y ss., 217 y ss.

90. En este sentido, la *Declaración Universal de derechos humanos*, establece: «Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 2. 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en

La consideración de estos supuestos ha servido a Hans Peters como criterio para distinguir los «derechos humanos naturales» y los «derechos humanos positivo-constitucionales»⁹¹.

3. SIGNIFICACIÓN «EXPANSIVA» DEL PROCESO DE POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La positivación de los derechos fundamentales del hombre es, como ha indicado el profesor Truyol y Serra, el resultado de un largo proceso histórico, cuyos momentos más significativos serían:

- a) El reconocimiento de determinados derechos estamentales.
- b) El reconocimiento de la tolerancia y de la libertad de conciencia por el Estado moderno absoluto, en tiempos de la Reforma y de la Contrarreforma.
- c) El reconocimiento, a lo largo de los siglos XVII y XVIII, de los derechos de libertad religiosa y de los derechos civiles y políticos.
- d) Los «Bills of Rights» americanos y la «Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano», de 1789.
- e) La lucha por la abolición de la esclavitud a lo largo del siglo XIX.
- f) La reivindicación de los derechos económicos, sociales y culturales, durante los siglos XIX y XX.
- g) La lucha por los derechos de la mujer, desde finales del siglo XIX y principios del XX hasta nuestros días.
- h) El proceso de «internacionalización» de los derechos del hom-

esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de una país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.»

Cfr. FELICE BATTAGLIA, *Declaraciones de derechos*, cit. págs. 183 y ss., 185 y ss., 187 y ss.

91. Cfr. HANS PETER, *Geschichtliche Entwicklung...*, cit. págs. 250 y ss.

bre tras las dos Guerras Mundiales y la «Declaración Universal de Derechos Humanos», de 1948⁹².

El proceso histórico de positivación de los derechos de la persona humana ha tenido así una significación «expansiva» que se refiere tanto al número y contenido de los derechos humanos positivados como al número de sus titulares.

a) *Número y contenido de los derechos humanos*

En función de horizontes histórico-culturales distintos, la significación y el alcance de la libertad y de los demás derechos fundamentales del hombre ha crecido, en número y contenido, a lo largo de un proceso cuyos momentos más significativos son los constituidos por:

a) El reconocimiento de la libertad de conciencia y la tolerancia religiosa.

b) El reconocimiento de las libertades individuales y de los derechos civiles y políticos (libertades individuales burguesas cuya idea central es la libertad, entendida en un sentido formal, negativo: Estado liberal de derecho).

c) El reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyas ideas centrales son la igualdad y la libertad positiva, que implica la intervención del Estado para crear las condiciones reales que permitan el goce efectivo de dichos derechos: Estado social de derecho⁹³.

b) *Sujetos de los derechos humanos*

Desde esta perspectiva se trata de un proceso que va desde el reconocimiento de una serie de derechos a los pertenecientes a un determinado estamento, grupo o clase social —derechos que frecuentemente poseen la significación de «privilegios»— al reconocimiento de una serie de derechos pertenecientes por igual todos los hombres

92. Cfr. ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar*, cit. págs. 12 y ss.; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit. págs. 108 y ss.

93. Cfr. SERGIUS HESSEN, op. cit., págs. 181 y ss.; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar*, cit. págs. 12, 14, 15, 16, 17, 20 y 21; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., págs. 101 y ss., 125 y ss.; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 247 a 251.

y a los grupos humanos a través de los cuales aquellos se insertan en la sociedad⁹⁴, y cuya máxima formulación sería la del art. 2.1. de la «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*»: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

Se trata en definitiva de una evolución que va de lo particular a lo universal y que ha encontrado su expresión más profunda en el fenómeno de la «*internacionalización*» de los derechos del hombre.

c) *La «internacionalización» del problema de los derechos del hombre*

1.º *Momento en que surge el fenómeno de la «internacionalización».*

La «internacionalización» del problema de los derechos humanos es un fenómeno que surge como reacción frente a las violaciones que dichos derechos sufrieron, fundamentalmente, en el curso de las dos Guerras Mundiales y, de modo especial, en la última, junto con el impacto que originó en la conciencia jurídica internacional la experiencia de los regímenes totalitarios⁹⁵.

2.º *Significación del fenómeno.*

El fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos ha supuesto, ante todo, el nacimiento de la convicción, de la conciencia jurídica universal, de que los derechos de la persona humana —su reconocimiento y protección— no es un «asunto interno» de los Estados, sino una cuestión que afecta a toda la humanidad⁹⁶, como han subrayado los profesores John Humphrey y Alfred Verdross. John Humphrey señala que, tras la Segunda Guerra Mundial, se ha llegado a la convicción de que «la promoción de los derechos humanos era un asunto que competía a toda la comunidad internacional, contra-

94. Cfr. SERGIUS HESSEN, op. cit., pág. 173; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar*, cit. págs. 12 y 17; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 238, 239 y 257; FELICE BATTAGLIA, *Declaraciones de derechos*, cit. págs. 190 y ss.; NORBERTO BOBBIO, op. cit. págs. 12 y ss.

95. Cfr. JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, op. cit. págs. 108 y ss., ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio preliminar*, cit. págs. 23, 24, 25, 28, 29 y 41; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 253 y ss.; FELICE BATTAGLIA, *Los derechos fundamentales del hombre...*, cit. pág. 157.

riamente a la opinión que había prevalecido hasta el momento, en el sentido de que tales derechos incumbían exclusivamente a la esfera de las jurisdicciones internas de cada Estado. Se puede ciertamente afirmar —añade— que ésta ha sido una de las evoluciones del pensamiento más trascendentales que haya tenido lugar en la historia del derecho y de las relaciones internacionales»⁹⁷. Por su parte, Alfred Verdross, afirma: «la Carta (de la O.N.U.) ha roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el *principio nuevo* de que la protección de los derechos humanos constituye una *cuestión fundamentalmente internacional*»⁹⁸. Así pues, la Carta de la O.N.U. ha convertido el problema del reconocimiento y de la protección de los derechos humanos en un asunto jurídico-internacional, aun cuando la eficaz regulación concreta de la materia siga encomendada a la regulación jurídica interna.

3.º *Fundamentación y consecuencias.*

De un lado tenemos que la «internacionalización» del problema de los derechos humanos (: la reivindicación de su carácter universal y supraestatal) es una consecuencia de la virtualidad de su fundamentación iusnaturalista. Su fundamentación en el derecho natural los erige sobre una instancia crítica, sobre un punto de apoyo situado por encima de la voluntad de los Estados y de los hombres, que hace posible, en cuanto sistema objetivo de valores, su reivindicación frente a cualquier Estado o grupos de Estados, y frente a cualquier eventual mayoría de hombres que pueda pronunciarse en contra de dichos derechos⁹⁹.

Otras consecuencias del problema de la «internacionalización» de los derechos del hombre y de su fundamentación iusnaturalista son también:

— El *progresivo reconocimiento de la persona individual como sujeto de derecho internacional*, frente a la posición clásica de que sólo los Estados pueden serlo. Hoy se viene abriendo paso en la doctrina del Derecho internacional una línea personalista según la cual serían sujetos de Derecho internacional, los Estados, en todo

96. Cfr. ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Estudio Preliminar*, cit. págs. 41; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 254 y ss.

97. *Los Derechos humanos, las Naciones Unidas y el año 1968*, en «Revista de la Comisión Internacional de Juristas», ed. especial, 2.ª parte, junio de 1968, pág. 2.

98. *Derecho Internacional Público*, cit. pág. 505; Cfr. FELICE BATAGLIA, *Los derechos fundamentales del hombre...*, cit. págs. 169 y ss.; *Declaraciones de derechos*, cit. págs. 179 y ss.; NORBERTO BOBBIO, op. cit. págs. 9 y ss., 17 y ss.

99. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...* cit., pág. 257.

caso, y los individuos, excepcionalmente¹⁰⁰. Un primer paso en este sentido es el abierto por la «Convención europea sobre derechos humanos», en el que los individuos tienen calidad de partes, en un auténtico procedimiento petitorio.

— Una posible mayor potenciación y eficacia del *régimen de tutela y garantías* de los derechos del hombre, en función de la conversión por la Carta de la O.N.U. del problema de la protección de los derechos humanos en una cuestión jurídico-internacional. Se trata de un principio cuya puesta en práctica se encuentra aún en sus comienzos y del cual constituye un precedente y una manifestación el «*principio de intervención por razones de humanidad*» que, aunque formulado ya por Francisco de Vitoria y por Francisco Suárez, se ha abierto paso progresivamente en el siglo XIX¹⁰¹.

V. CRITERIOS Y LIMITES DEL PROCESO DE POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

El proceso de positivación de los derechos humanos aparece fundamentado, posibilitado, condicionado y limitado por un complejo de criterios y límites de diferente naturaleza y significación. Entre ellos cabe destacar:

1. CRITERIOS Y LÍMITES DE NATURALEZA «IDEAL»

El proceso de positivación aparece fundamentado, conducido y limitado, en primer lugar, por un «orden ético-jurídico suprapositivo» en donde los derechos humanos encuentran su raíz y fundamento; un orden independiente de la voluntad del Estado y de los individuos particulares¹⁰² y que, en virtud del proceso hermenéutico de su con-

100. Cfr. J. PUENTE EGIDO, *Derecho Internacional Público* (VI), en «Gran Enciclopedia Rialp», T. VII, Ed. Rialp, Madrid, 1972, págs. 480 y ss. Selección Bibliográfica en pág. 81; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 253 y 257.

101. Cfr. ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, cit., págs. 79, 84, 85, 435, 504 y 505.

102. Cfr. ALFRED VERDROSS, *La Filosofía del derecho...*, cit. págs. 376 y ss.; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit. págs. 63 y ss.

prensión, interpretación y aplicación constituye el sistema de valores y principios éticos vigentes («ethos») de un determinado grupo o círculo cultural.

2. CRITERIOS Y LÍMITES DE NATURALEZA «NORMATIVA»

Las vías dogmáticas de positivación de los derechos de la persona humana constituyen no sólo meros cauces técnicos de positivación de dichos derechos sino, al mismo tiempo, criterios y límites del proceso de positivación de los mismos en virtud de los principios de «legalidad», de «jerarquía normativa» y de «control jurisdiccional de la legislación y de la potestad reglamentaria»¹⁰³.

3. CRITERIOS Y LÍMITES DE NATURALEZA «FÁCTICA»

a) *Los derechos humanos y el problema de su eficacia*

La «eficacia» constituye un momento ontológico del proceso de positivación de los derechos humanos. La eficacia de éstos (:su goce y ejercicio efectivos) depende no sólo de su positivación dogmática sino también, y de modo fundamental, de la presencia «actual» de determinadas condiciones y circunstancias que la hagan posible. Observa Verdross, al respecto: «la determinación concreta de los derechos del hombre está condicionada por la diversidad de situaciones, pues es posible que las distintas relaciones exijan diferentes medios, a fin de que pueda cumplirse el fin supremo del derecho natural»¹⁰⁴.

La dependencia de la eficacia de los derechos humanos positivados de determinadas circunstancias de hecho nos lleva a plantearnos el problema del significado y de la función de la «naturaleza de la cosa» dentro del proceso de positivación de los derechos fundamentales de la persona humana.

103. Cfr. ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO, *El proceso de positivación...*, cit. págs. 223, 224, 230 y 231.

104. *La Filosofía del Derecho...*, cit. pág. 383.

b) *El proceso de positivación de los derechos humanos y la «naturaleza de la cosa»*

La eficacia de los derechos humanos positivados depende de la adecuación del proceso de positivación a las exigencias, condicionamientos y límites que supone la «naturaleza de la cosa», entendida como un dato objetivo que implica la estructura de la realidad social que trata de ordenar el derecho y a la que el derecho ha de ajustarse para ser un derecho eficaz.

En este sentido la «naturaleza de la cosa» opera como criterio y límite en relación con el proceso de positivación de los derechos humanos.

1.º *La «naturaleza de la cosa» como criterio del proceso de positivación de los derechos humanos*

El proceso metodológico de la positivación de los derechos de la persona humana tiene que «abrirse» al conocimiento de la realidad empírica («datos previos», en el sentido de Henkel)¹⁰⁵ —el análisis de la «realidad social» en la que se pretende realizar los derechos humanos «arroja luz» al proceso metodológico de su positivación y concreción—, pues la eficacia de la positivación y concreción de los derechos del hombre y su configuración última depende, en gran medida, de las condiciones específicas del medio social.

2.ª *La «naturaleza de la cosa» como límite al proceso de positivación de los derechos humanos*

Los múltiples factores incluidos dentro del concepto genérico de «naturaleza de la cosa» constituyen también un límite en relación con el proceso de positivación de los derechos humanos, desde el punto y hora en que tales derechos, en cuanto expresión o manifestación de los contenidos y exigencias de la justicia, no pueden determinarse y realizarse —no son «practicables»— de un modo abstracto sino en relación con determinadas situaciones concretas. Existen así derechos humanos que no pueden realizarse en un determinado momento, pues su realización efectiva depende, en gran medida, del grado de desarrollo y progreso de las diferentes condiciones del medio social¹⁰⁶.

105. Cfr. HEINRICH HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Fundamentos del Derecho). Ed. Taurus, Madrid, 1968, págs. 267 y ss.

106. Cfr. YVES R. SIMÓN, *La tradición de la ley natural* (Reflexiones de un filósofo), trad. esp. de Ignacio de Despujol, S.J. Ed. Razón y Fe, Madrid 1966, págs. 196, 197, 201 y ss.; MICHEL VILLEY, *La méthode du droit naturel*, en «Seize essais de

c) *Política jurídica y positivación de los derechos humanos*

Desde un punto de vista de Política jurídica el proceso de positivación de los derechos del hombre debe ajustarse a la «*regla de oro*» enunciada por Solón cuando, al ser preguntado si había dado a sus conciudadanos las mejores leyes imaginables, respondió: «Las mejores sencillamente no, pero sí las mejores de que ellos eran capaces»¹⁰⁷.

En relación con la profunda problemática jurídico-política que dicha cuestión entraña puntualiza Radbruch: «La Filosofía del derecho desemboca siempre en la Política jurídica y es, al igual que la política, el «*arte de lo posible*». El amor «*por quien apetece lo imposible*» de que nos habla el poeta, no podría elevarse a lema de la Filosofía del derecho ni de la Política jurídica»¹⁰⁸.

En orden al proceso de positivación de los derechos humanos ello significa:

a) Que no se trata de crear, de modo abstracto, el mejor de los derechos, positivando y concretando el mayor número de derechos humanos y los contenidos más amplios y ambiciosos (utopismo). El reconocimiento y la proclamación de derechos que no pueden realizarse quedan reducidos a una mera declaración retórica y genera, por lo regular, un sentimiento de frustración y desencanto, contrario a la fe en los derechos humanos y en su práctica efectiva, aunque en algún momento la utopía funcione también como motor de cambio y de perfeccionamiento social.

b) Que se trata de crear «el mejor derecho posible», positivando «prudentemente» los derechos de la persona humana cuyo ejercicio y disfrute sea posible «*actualmente*», al existir las condiciones y los medios adecuados para ello, o «*potencialmente*», porque razonablemente resulte hacedero crear las condiciones precisas que permitan y hagan viable el goce y ejercicio efectivo de tales derechos. En este último supuesto la positivación de los derechos de la persona humana tendrá necesariamente una significación no *normativa* (:las normas

Philosophie du Droit», Dalloz, París, 1969, págs. 272 a 281; *Critique des droits de l'homme*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», Núm. 12. Fasc. 2. Universidad de Granada, Granada, 1972, págs. 9 y ss.; JOHANNES MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho natural*, trad. esp. de J. L. Barrios Sevilla, J. M.º Rodríguez Paniagua y J. E. Díez, Ed. Rialp, Madrid, 1967, págs. 127 y ss.; JOSÉ L. L. ARANGUREN, *Ética*, 4.ª ed. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 69 y ss., 203 y ss.; FRANCISCO PUY MUÑOZ, *Lecciones de Derecho natural*, T. I, Porto y Cía. Ed. Santiago de Compostela, 1967, págs. 60, 91 y 92.

107. Cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Wenceslao Roces, 4.ª ed, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, pág. 29.

108. *Ibid*, pág. 29.

vehículo de su positivación no serán normas de aplicación inmediata) sino *programática* (: indicación de las metas o fines que deben cumplir los poderes públicos).

VI. METODOS DE POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como es sabido, el método está en función del objeto. El método, para permitir el acceso al conocimiento verdadero de la realidad que se estudia, debe acomodarse, adecuarse, a la naturaleza de la misma. Ello significa que el método aparece determinado, en gran medida, por la naturaleza del objeto que se pretende conocer. En el caso que nos ocupa por la naturaleza «*problemática*» de los derechos fundamentales del hombre.

1. NATURALEZA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento, la positivación y la protección de los derechos del hombre son el resultado de un largo proceso de lucha frente a los poderes sociales, económicos, políticos... Los derechos surgen como aspiraciones y reivindicaciones de los hombres frente al poder, en sus diferentes manifestaciones y, frecuentemente, como reacción frente a «situaciones límite» que implican su violación o desconocimiento (: fenómeno de la esclavitud, de la discriminación racial, de la opresión del Estado totalitario...). En este sentido escribe Verdross: los derechos del hombre «no nacieron en un solo acto; su reconocimiento y formulación se efectuaron paulatinamente en el devenir histórico, a medida que los hombres adquirían conciencia de ellos y como reacción contra las consecuencias originadas por su desconocimiento»¹⁰⁹.

Por lo que se refiere a su naturaleza hay que indicar que los derechos del hombre no constituyen algo «cierto» «indiscutible», sino

109. *La Filosofía del Derecho...*, cit. pág. 381.

algo «discutible», «problemático», respecto de lo cual resulta difícil llegar a un acuerdo total. Acerca de ellos, todo o casi todo se encuentra sometido a discusión: su fundamento, su significación, su contenido y alcance, sus límites... Los derechos fundamentales de la persona humana constituyen pues algo eminentemente «problemático».

2. EL PROBLEMA DEL MÉTODO DE POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como recordábamos al principio, el método está en función del objeto. De ahí que la naturaleza «problemática» de los derechos del hombre tenga su inmediato reflejo en el problema del método más adecuado a su positivación, condicionándolo.

El proceso de positivación de los derechos humanos posee un carácter complejo, debiendo señalarse en el mismo las posibilidades y los límites de los razonamientos analítico y retórico-dialéctico.

a) *El razonamiento analítico (apodíctico)*

El razonamiento analítico (apodíctico) tiene por objeto la demostración: partiendo de premisas verdaderas o necesarias llega, en virtud de un razonamiento sometido a leyes lógicas, a conclusiones igualmente verdaderas o necesarias (silogismo apodíctico o demostrativo). «Los razonamientos analíticos —explica Perelman— son aquellos que parten de premisas necesarias o, por lo menos, indiscutiblemente verdaderas y conducen, gracias a inferencias válidas, a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas. Los razonamientos analíticos transfieren la necesidad o la veracidad de las premisas a la conclusión. Es imposible que la conclusión no sea verdadera si se razona correctamente a partir de unas premisas verdaderas»¹¹⁰.

Este tipo de razonamiento ampliamente utilizado por el formalismo logicista del derecho natural del «*mos geometricus*» —en su pre-

110. CHAIM PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez Picazo. Ed. Civitas, Madrid, 1979, págs. 9 y 10; Cfr. GEORGES KALINOWSKI, *Introducción a la Lógica jurídica* (Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica), trad. esp. de Juan A. Casaubon, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, págs. 6, 7 y ss., y 33; MICHEL VILLEY, *Modes classiques d'interprétation du droit*, en «Archives de Philosophie du Droit», T. XVII, 1972, págs. 74 ss.

tensión de dotar de un método racional y científico al derecho natural que lo constituyese en la «verdadera» ciencia del derecho¹¹¹— encuentra un alcance muy limitado en el proceso de positivación de los derechos humanos: agota su validez en la mera enunciación de derechos cuya existencia se deduce necesariamente, por vía de conclusión, de la existencia de otros derechos previamente admitidos. Así, por ejemplo, del derecho a la vida y a la integridad física se deduce el derecho a la salud que no es más que un aspecto o contenido de los anteriores derechos.

b) *El razonamiento retórico-dialéctico*

Ante todo hay que recordar que tanto la «retórica» como la «dialéctica» encuentran en la «tópica» su «organon» fundamental, hasta el punto de que cabe calificar dichos razonamientos de *tópico-dialéctico* y *tópico-retórico*, respectivamente¹¹².

1.º *El razonamiento tópico-dialéctico*

El razonamiento tópico-dialéctico no es instrumento de ciencia sino de mera opinión (para Aristóteles constituye un mero instrumento de discusión), cuya finalidad es persuadir a un auditorio cualificado. La dialéctica, aun cuando responde a reglas lógicas, es disputa y no ciencia, probabilidad y no certidumbre. Ello es así porque el razonamiento dialéctico, mediante el *entimema* (o silogismo dialéctico), no parte de premisas ciertas sino de premisas probables (opiniones)¹¹³ y, por ello, sus conclusiones no son ciertas sino meramente probables. El razonamiento dialéctico —aunque conserva el esquema lógico—, no está basado en una necesidad lógica, sino en las opiniones de los entendidos: tópicos específicos (*endoxa*), no siendo, por consiguiente, susceptible de demostración total y plena¹¹⁴. Sus conclusiones pues, como indicábamos, no son ciertas, necesarias, sino meramente probables.

111. Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1950, págs. 58 y ss.

112. Cfr. ROGER VERNAUX, *Curso de Filosofía Tomista*, Vol. 1. *Introducción general y lógica*, trad. esp. de José A. Pombo. 2.ª ed. Ed. Herder, Barcelona, 1972, págs. 86 y 87.

113. «El entimema —dice Aristóteles— es por lo tanto un silogismo formado de proposiciones verosímiles o de signos». *Primeros Analíticos*, Lib. II, Cap. 27,3. En otro lugar dice: «El silogismo dialéctico es el que saca sus conclusiones probables». *Tópicos*, Lib. I, cap. 1,5.

114. Cfr. MICHEL VILLEY, *Modes classiques...*, cit. pág. 82 y 86; ROGER VERNAUX, op. cit. págs. 86 y 87; CHAIM PERELMANN, op. cit. págs. 10 y ss.

2.º *El razonamiento tópico-retórico.*

El razonamiento tópico-retórico consiste en el «arte de persuadir» a un auditorio popular, no especializado. Su finalidad, como decimos, no es la demostración de la verdad (objeto del razonamiento demostrativo) sino la persuasión: provocar la adhesión a una tesis respecto de la cual, por la índole específica de su materia (cuestiones que no son objeto de ciencia sino de opinión —cuestiones problemáticas: arte, derecho, moral, política, etc.—) no existen criterios objetivos de certeza.

El razonamiento tópico-retórico constituye un silogismo entimemático que parte de tópicos, de lugares comunes: es el modo de razonamiento que utilizan los políticos en las asambleas y los juristas (abogados) ante los tribunales populares ¹¹⁵.

3.º *La tópica como órgano de la dialéctica y de la retórica.*

Tanto el razonamiento «dialéctico» como el «retórico» se sirven de la «tópica». La tópica es su «*organon*».

Los tópicos (*topoi*) pueden caracterizarse diciendo que son «puntos de vista utilizables y aceptables universalmente», a partir de los cuales se puede obtener un silogismo o entimema referente a objetos de cualquier especie (jurídicos, políticos, morales, etc.) ¹¹⁶. «El fin de este tratado (*Tópicos*) —dice Aristóteles— es encontrar un método con cuyo auxilio podamos formar toda clase de silogismos sobre todo género de cuestiones, partiendo de proposiciones simplemente probables; y que nos enseñe, cuando sostenemos una discusión, a no adelantar nada que sea contradictorio a nuestras propias aserciones» ¹¹⁷. Y añade más adelante: «Los tópicos, enumerados de un modo más o menos completo, son los que nos pueden ayudar, en relación con cada problema, a obtener conclusiones dialécticas» ¹¹⁸.

Como rasgos de la tópica cabe señalar:

115. Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, Lib. I, 1. 1355 a (5), 1355 b (10); Lib. I. 2. 355 (25); Lib. I, 3. 1358 b; CHAIM PERELMAN, op. cit. págs. 137, 139, 141 y ss., 144, 145, 148, 149, 153 y 154; MICHEL VILLEY, *Modes classiques...*, cit., pág. 75 y 77; GEORGES KALINOWSKI, *Introducción...*, cit. pág. 31; *Logique et Méthodologie juridiques. Reflexión sur la rationalité formelle et non formelle en droit*, en «Archives de Philosophie du Droit», T. XXIII, 1978, pág. 64.

116. Cfr. THEODOR WIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp. de Luis Díez-Picazo. Ed. Taurus, Madrid, 1964, pág. 38.

Teofastro define el tópico (*topos*) como «un principio o elemento, a partir del cual conocemos los principios de cada cosa particular, por una deducción científica». (Definición transmitida por Alejandro), cit. por J. M. LE BLOND, *Logique et méthode chez Aristote*, reed. París, 1973, pág. 40.

117. *Tópicos*, Lib. I, Cap. 1.1.

118. *Ibid.*, Lib. VII, cap. 5.14.

— La tónica es «el método que enseña a descubrir los puntos de vista apropiados, los lugares comunes eficaces para discurrir sobre un tema cuya solución no rebasa el campo de lo probable»¹¹⁹.

— Los tópicos sirven para fundamentar razonamientos dialécticos (y retóricos), pero no apodícticos¹²⁰.

— La tónica se caracteriza por su técnica peculiar de la discusión o disputa. A este respecto Aristóteles señala las siguientes reglas: «La primera cosa que importa, cuando se debe de hacer una pregunta, es encontrar el lugar (*tópico*) que debe emplearse (la búsqueda de los *topoi* a partir de los cuales se razona se llama *inventio*); luego, interrogarse a sí mismo, prepararlo todo convenientemente; y, en tercer lugar, exponer todo esto a la persona a quien nos dirigimos»¹²¹.

c) *Conclusión: el razonamiento retórico-dialéctico y la positivación de los derechos humanos*

Dado el carácter problemático de los derechos humanos parece que el método más adecuado para su tratamiento —y por supuesto para el proceso de su positivación— sería el retórico-dialéctico, ya que en relación con la problemática de los derechos del hombre se trata —puesto que dada la naturaleza del tema no es posible— no de *demostrar*, de modo incuestionable, aspectos y problemas relativos a los mismos, sino de *persuadir*, de convencer al mayor número posible de hombres de su existencia, de su significación, de su contenido y de sus límites.

Ante los diferentes modos de entender la significación y el alcance de los derechos del hombre, desde los supuestos del pluralismo ideológico existente, resulta significativo que, en vísperas de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 1948, Benedetto Croce se plantease el problema de si sería posible llegar a un acuerdo, y recomendase al respecto un debate formal, público e internacional, acerca del tema. Dice Benedetto Croce: «A juicio mío no existe más que una forma útil de labor práctica para la Unesco, a saber: un debate formal, público e internacional acerca de los principios necesarios que sirvan de base a la dignidad y a la civilización humanas. En tal debate yo no dudo que la fuerza de la lógica, de la cultura, de la doctrina y la posibilidad de un acuerdo fundamental asegurarán el triunfo de

119. FRANCISCO LARROYO ARROYO, *Preámbulo a los Tópicos*, en el vol. ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (El organon)*, 3.ª Ed. Porrúa, México, 1975 pág. 217.

120. Cfr. *Ibid.* pág. 217; THEODOR WIEHWEIG, op. cit. pág. 34.

121. *Tópicos*, Lib. VIII cap. 1.1.



las inteligencias libres sobre los partidarios de la autocracia y del totalitarismo, que todavía están decididos a repetir los mismos lemas y los mismos sofismas para captar la atención del público. Una vez celebrado ese debate, indudablemente sería posible formular una declaración de ciertos derechos y necesidades históricos y contemporáneos, acaso en una forma tan breve como la de los Diez Mandamientos o, si interesa agregar detalles, con una extensión algo mayor»¹²².

d) *La «determinatio proxima» y el proceso de positivación de los derechos humanos*

El proceso de positivación de los derechos del hombre culmina en la «determinación próxima», proceso complejo de la razón práctica conducido por la «prudencia», en el que se trata de mediar los contenidos y exigencias de los derechos fundamentales de la persona humana admitidos en virtud del razonamiento analítico —en los supuestos que proceda— y de la argumentación retórico-dialéctica, con los condicionamientos y diferentes circunstancias existentes, de tiempo y lugar, con el fin de concretar la significación, el contenido, el alcance y los límites de dichos derechos, en orden a su ejercicio efectivo.

122. *Los derechos del hombre y la situación jurídica presente*, en el vol. col. «Los derechos del hombre», cit. págs. 145 y 146. Cfr. las págs. 144 y ss.