

EL PROCESO DE POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, UNA PERSPECTIVA DESDE LA FILOSOFÍA DE LA NATURALEZA

Vicent BENEDITO MORANT

Original rebut: 29/05/2017
Data d'acceptació: 27/06/2017

Adreça: C/ Bailèn, 10
08010 BARCELONA
E-mail: vbenemor@gmail.com

Resumen

En este artículo hemos planteado las distintas explicaciones del proceso de la positivización de los derechos humanos considerándolo desde las categorías propias de la filosofía de la naturaleza. La tarea realizada ha sido explicar tanto las teorías iusnaturalistas como positivistas y también las realistas, así como la cuestión de los derechos de tercera generación, analizando cómo se verifican algunas categorías comunes que hoy en día trata la filosofía de la naturaleza. El objetivo es constatar y estudiar esquemas lógicos y dinámicas comunes con el fin de aportar un aparato analítico crítico válido desde las distintas perspectivas de la filosofía del Derecho y de la naturaleza respecto de la positivización. Entendemos que desde estas esquemas y dinámicas podemos aportar categorías que ayuden a desbloquear y conciliar aspectos de las distintas teorías del Derecho. Además consideramos que pueden resultar de interés tanto en aras a las nuevas formulaciones teóricas como a la posible interpretación de los derechos fundamentales recogidos en las distintas legislaciones.

Palabras clave: Proceso de positivización, derechos de tercera generación, filosofía de la naturaleza, derechos subjetivos, realidad compleja.

Abstract

In this article we have presented the different explanations for the process of the 'positivizing' of human rights, considering it from the categories belonging to natural philosophy. The task has been to explain both the naturalistic and positivist theories as well as the realist ones, at the same time as the rights

of the third generation, analyzing how some common categories treated by natural philosophy are nowadays verified. The aim is to compare and study common logical and dynamic schemes in order to provide a critical analytical apparatus that is valid from the different perspectives of the philosophy of law with regards to positivization. We argue that from these schemes and dynamics, it is possible to put forward categories that help to unblock and reconcile aspects of the different law theories of law. We also propose that they may be interesting both for the pursuit of new theoretic formulations as well as for a possible interpretation of the fundamental rights contained in different legislations.

Keywords: *Positivization process, third generation rights, natural philosophy, subjective rights, complex reality*

1. INTRODUCCIÓN; SENTIDOS EN QUE PUEDE ENTENDERSE LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

Al hablar del proceso de positivización del Derecho se han ido distinguiendo dos perspectivas distintas, fundamentalmente, una de carácter filosófico y otra con una connotación más técnica jurídica:

Desde un sentido filosófico, con el término positivización nos referimos a las teorías que explican un sistema con el que se reconoce y explicita unos derechos fundamentales. Como indica Pérez Luño: «Se concreta en las distintas construcciones teóricas que han intentado explicar o incluso han servido de background ideológico de tal proceso.»¹

Desde un sentido técnico jurídico hay que hablar de instituciones y fuentes del Derecho que deben recoger los derechos fundamentales, explicitación en los mismos, y cómo han de informar las fuentes del Derecho e instituciones del ordenamiento jurídico.

Es cierto que el ámbito filosófico se ciñe al primer campo. Sin embargo, «estas perspectivas de enfoque, aun siendo independientes en el plano lógico, se hallan estrechamente ligadas en su desarrollo histórico. De ahí que al trazar un planteamiento doctrinal del proceso de positivización de los derechos fundamentales se está anticipando un punto de referencia necesario para el estudio de su dimensión institucional.»² Es decir, en la práctica, resulta imposible deslindar un estudio o un cuerpo doctrinal sobre el sistema de derechos fundamentales sin tener en mente su dimensión jurídico-institucional. Pero también, al revés, cualquier estudio técnico sobre el sistema jurídico-positivo no puede ser doctrinal o filosóficamente neutro. Parte de una visión del Dere-

1. A. E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos 1995, 52.

2. *Ibíd.*, 53

cho, del hombre, de la sociedad, del mundo y del proceso de creación y positivización jurídica. Ciertamente, la materia en la que nos encontramos hace centrarnos en el aspecto doctrinal pero esto también supone atender el marco positivo-institucional de manera necesaria.

Lo que se ha venido afirmando lo podemos sostener a propósito de la máxima de la ciencia jurídica «Ubi societas ibi ius». Es decir, de la misma manera que no hay sociedad sin Derecho, tampoco hay comunidad humana sin una tradición filosófica, cultural y/o religiosa que de alguna manera trate el valor de los derechos fundamentales y su proceso de positivización. Bien entendido que el Derecho, como fenómeno jurídico, no se puede restringir a un cuerpo de leyes escritas, y aún menos a un sistema jurídico organizado en torno a unos derechos fundamentales, ya que este último fenómeno resulta relativamente reciente. El hecho jurídico equivale al fenómeno propio de las normas de conducta de las relaciones interpersonales y sociales, incluso el hipotético caso de no seguir ninguna norma ya sería una a tener en cuenta en la relación que consistiría justamente en la de la ausencia de norma. Así, de cualquiera de estas pautas de conductas o normas, la persona es informada expresa o tácitamente y de manera explícita o implícita en su relación interpersonal. Por tanto, el hecho jurídico, incluso el Derecho como ciencia independiente, es muy anterior al reconocimiento y positivización de los derechos fundamentales —pensemos en un sistema técnicamente tan desarrollado como el Derecho romano—. En este sentido, ya en el Derecho romano, tanto entendido como «ius» como «directum», abarcaban una realidad mucho más amplia que la legal.³

Así, históricamente, han aparecido dos tradiciones doctrinales o teorías del Derecho a la hora de abordar el proceso de positivización:

La primera sería el conjunto de teorías iusnaturalistas, es decir aquellas que entienden la norma jurídica y los derechos fundamentales como derivados de un orden natural o trascendente. Posteriormente aparecieron las teorías positivistas, que son las que entienden la positivización como un proceso creador de cualquier declaración de Derechos con carácter positivo y empíri-

3. J. BALLESTEROS, *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid: Técnos 1984, 91: «... en efecto tanto en latín como en todas las lenguas modernas se mantiene claramente la diferencia entre el Derecho y la ley (*ius* y *lex*, *droit* y *loi*, *diritto* y *legge*, *right* y *law*...). En todo caso, parece además claramente probado que *ius* no deriva de *iubeo* y *iussum*, como se había pretendido en ocasiones, sino más bien de *iuro*, *iurare*, que guarda a su vez relación con el sánscrito *y*, que implica la dimensión de compromiso y de fidelidad, de origen sagrado. Por otro lado, esta dimensión de rectitud y fidelidad, de constancia, frente a la voluntad aleatoria, aparece todavía más clara en el término latino *directum*, origen de la palabra Derecho...».

co. Ambas corrientes se defienden desde distintas posiciones y con distintos argumentos. Sin embargo, como estudiamos, la complejidad de la concepción de naturaleza y sociedad subyacente en las ciencias sociales, así como la de las problemáticas de las sociedades humanas, han llevado a la doctrina a reformular teorías en clave de eclecticismo. En estas teorías se intenta cohonestar el valor creativo de las declaraciones de Derechos y su correspondencia con dinámicas de la naturaleza⁴.

2. TESIS IUSNATURALISTAS Y NATURALEZA

Las tesis iusnaturalistas tienen en común respecto de la concepción del proceso de positivización de los derechos fundamentales la consideración de su carácter declarativo. Es decir conciben el proceso de positivización como un reconocimiento por la comunidad política de unos derechos ya existentes. Por tanto su punto de partida es fundamentalmente la existencia de un Derecho natural. Evidentemente los diferentes autores hacen más énfasis o menos en el carácter jurídico de este Derecho natural.⁵

En este sentido, el concepto de ley natural es casi tan antiguo como el de la ciencia jurídica, pensemos en la consideración de la ley natural como categoría por S. Agustín.⁶ También el carácter de derechos humanos como Derechos naturales de todo hombre resulta muy anterior al proceso de positivización; pensemos en Francisco de Vitoria.⁷ No obstante, centramos nuestro análisis en las primeras declaraciones de los derechos humanos en el siglo XVIII como procesos de positivización producto del racionalismo ilustrado.

4. En esta función de cohonestar naturaleza y creación aparece como fundamental el concepto de realidad en el cual confluyen ambos: «La realidad es formalmente anterior y fundamento tanto de la naturaleza como de la técnica. Ente natural y ente técnico se diferencian pues como modos de realidad» (F. UGALDE, «La cuestión del orden ¿Cómo hablar hoy de 'Naturaleza' y de 'orden natural'?», *Escritos del Vedat* 38 [2008] 308).
5. Cfr. A. E. PEREZ LUÑO, «El Derecho Natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», en *Estudios. Homenaje al prof. Corts y Grau*, vol. II, Valencia 1977, 187 ss.
6. S. Agustín, *De Genesi ad litteram*, 11, 1, 3; S. Agustín, *De spiritu et littera*, 26, 44.
7. F. DE VITORIA, *Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra* (Colección Austral), Madrid: Espasa Calpe 1975, 56: «... por Derecho natural los hombres son libres, exceptuándose los dominios paterno y marital, porque, según el Derecho natural, el padre tiene dominio sobre los hijos y el marido sobre la mujer. Por lo tanto, no hay nadie que por Derecho natural tenga el dominio del orbe. Y como también dice Santo Tomás (II, 2.ª, cuestión 10, art. 10), que el dominio y el gobierno han sido introducidos por el Derecho humano; luego no son de Derecho natural».

Así, en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 se lee que: «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos Derechos inherentes (*inherent rights*), de los cuales, cuando entran en estado de sociedad (*into a state of society*), no pueden, por ningún acuerdo, privar o despojar a su posteridad».

También fue de carácter abiertamente iusnaturalista la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando a propósito del Derecho de asociación afirmaba que la meta de toda asociación política residía en la *Conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme*.

Esta visión declarativa ha persistido en la mayoría de textos positivos de los derechos fundamentales. Así en el mismo artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se nos dice: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y Derechos...».

Así, se observa cómo al iusnaturalismo clásico fundamentado en una concepción del hombre y del mundo como creación y en una ontología aristotélico-tomista le siguió una teoría de corte liberal y racionalista a finales del XVII y el XVIII sobre los Derechos naturales. En este sentido una de las definiciones más clara de la postura iusnaturalista respecto del fenómeno de la positivización lo encontramos en Maritain cuando afirma: «la existencia de los Derechos naturalmente inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre gobiernos, Derechos que no le incumbe a comunidad civil el otorgar, sino el reconocer y sancionar.»⁸

Por tanto estas teorías iusnaturalistas de los derechos humanos tratan los derechos fundamentales como una realidad anterior al estado. Son inherentes y consustanciales a las personas y por tanto anteriores y de rango superior al ordenamiento positivo. En este sentido han sido estudiadas por Fernández Galiano, quien formuló esta teoría de la siguiente manera: «En la misma noción de reconocimiento, yace implícita la idea de que tales Derechos no traen su origen del ordenamiento jurídico, el cual se limita a dar fe de que existen, proclamando su vigencia. En una palabra, los derechos humanos existen y los posee el sujeto independiente de que reconozcan o no por el Derecho positivo.»⁹ A este respecto, entendemos que Fernández Galiano estaba viendo

8. J. MARITAIN, «Acerca de la filosofía de los Derechos del hombre», en *Los Derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal reunidos por la UNESCO*, Mexico – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica 1949, 72.

9. A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho natural. Introducción a la filosofía del Derecho*, vol. I, Madrid, 1974, 150.

estos derechos humanos como la referencia a la realidad del mismo ordenamiento jurídico que contiene las leyes positivas.

Dentro de esta corriente iusnaturalista en la actualidad podemos diferenciar dos líneas de pensamiento que pueden sostenerla.¹⁰ Una más centrada en el ámbito de lo jurídico, como sería la recuperación de la *Natur der Sache* (tendencia a buscar las estructuras originarias de la vida social y jurídica). Otra más general sería la recuperación de la filosofía práctica y, como consecuencia, revalorización de la prudencia y del Derecho como *ius*. En este sentido Habermas reconoce que «Vico da en el blanco mismo de esa dificultad con la que Hobbes se afana en vano. La teoría científicamente establecida del comportamiento social...».¹¹

Partiendo de los presupuestos de estas dos corrientes se constata una tendencia de la filosofía actual de desligarse de las estrecheces de las categorías del Iusnaturalismo racionalista. Así se afirma la necesidad de salvar la historicidad del Derecho y la necesidad de atención a las circunstancias;¹² pero al mismo tiempo afirmando la necesidad de universalidad y permanencia de los fundamentos jurídicos. Un ejemplo de estas nuevas formulaciones lo encontraríamos, a nuestro entender, en la consideración de Gay de cómo la misma aspiración a la justicia que da lugar al hecho jurídico es también en la actualidad el fundamento del Derecho más allá de las soberanías y los estados.¹³

10. J. BALLESTEROS, *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid: Tecnos 1984, 102-103.

11. J. HABERMAS, *Theorie und Praxis*, Traducción al Inglés John Viertel, Boston: Bacon Pres 1973, 48.

12. En este sentido Osuna constata esta tendencia cuando afirma: «El concepto de derechos humanos es un concepto histórico, que no hay que reducir a la simple idea de la justicia. Las exigencias de justicia son un ideal ético cuyas huellas pueden rastrearse a lo largo de la historia de la humanidad, pero el concepto de derechos humanos designa ese ideal de justicia en un campo determinado de la justicia y en unos enunciados y concepciones que han surgido en un momento histórico determinado. Por eso, pensamos que no puede hacerse una descripción exacta de lo que son los derechos humanos si no se atiende a la referencia y contexto en que surge el concepto específico de derechos humanos» (A. OSUNA, «Derecho y Moral en los Derechos humanos, la naturaleza de los derechos humanos», *Ciencia Tomista* 125 [1998] 237).

13. E. GAY, «El Derecho como verdadera aspiración a la justicia», en *Consolidación de Derecho y garantías: los grandes retos de los Derechos humanos en el siglo XXI*, p. 168: «En los orígenes empieza a sentirse la necesidad de organizarse y empieza en la propia tribu la necesidad de sustituir la justicia del Talión por una justicia independiente, ejercida por hombres independientes que escuchan en contradicción y en igualdad a las partes para pacificar la vida de esa sociedad incipiente. Maravillosamente lo explica Kelsen, y así llegará hasta nuestros días en la aspiración de que sea una realidad que traspase las fronteras y deshaga para siempre los principios de soberanía de nada ni de nadie. No hay más soberanía que la soberanía de la humanidad y ante ella deben ceder todas las soberanas».

Así, según lo estudiado, las nuevas teorías iusnaturalistas no desconocen los contenidos de la escuela Histórica de la teoría del Derecho Savigny¹⁴ y Gierke.¹⁵ A este respecto las nuevas consideraciones de tipo iusnaturalistas reformulan algunos aspectos del iusnaturalismo clásico en cuanto se salva la unidad del Derecho sin desligar el Derecho natural del Derecho positivo. Por otra parte, se conecta con una nueva visión dinámica de la naturaleza que acoge la comprensión de acontecimientos que no tienen regresión o que no se explican desde esquemas dinámicos anteriores. Estos planteamientos no resultan compatibles con concepciones cíclicas del tiempo para pasar a concepciones de la historia como una linealidad abierta.¹⁶

3. TESIS POSITIVISTAS Y NATURALEZA

Bastantes de las teorías positivistas, especialmente las alemanas, nacen de la consideración de que, en el fondo, el concepto de Derecho natural suponía una subjetividad en el cumplimiento. Por tanto, las nuevas teorías positivistas fueron considerando a las iusnaturalistas clásicas y racionalistas como generadoras de anarquía política y jurídica; así como un menoscabo del carácter científico del Derecho.¹⁷

Ciertamente las tesis positivistas concebirán el proceso de positivización del Derecho como un proceso de creación de las fuentes del ordenamiento jurídico. Dentro del mismo proceso de positivización, los derechos fundamentales se consideran las primeras normas generales que presiden la

14. F. K. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, 5-3. J. A. GÓMEZ GARCÍA, «El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de F. K. Von Savigny», *Anuario de filosofía del derecho* 16 (1999) 253-276.

15. B. PENDÁS, «Teoría del derecho y del Estado en Otto Von Gierke», *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá* 1 (1991-1992) 109-160.

16. Esta linealidad abierta y no determinable totalmente por nuestras capacidades de cálculo y por nuestra interacción con el medio natural viene avalada por avances científicos totalmente significativos: «La ciencia física contemporánea ha introducido una importante modificación en el clásico cuadro determinista de la naturaleza. En la teoría cuántica los fenómenos atómicos no quedan determinados por las ecuaciones. Estas ecuaciones nos muestran que las posibilidades forman una serie discreta y que hay reglas que determinan con qué frecuencia se realizará cada posibilidad... Los modelos teóricos construidos por la ciencia no son ya independientes del observador, sino tan sólo representan la relación sujeto/objeto» (F. UGALDE, «La cuestión del orden», 301-303).

17. BENTHAM, «Anarchical Fallacies: being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution», en *Works*, ed. Bowring; se cita por la reimpresión de Russell & Russell, New York, 1962, vol. II, p. 501

creación del Derecho en el ordenamiento estatal. Es decir, desde estas teorías se considera que la positivización del Derecho tiene un carácter constitutivo. Previamente a la norma positiva se considera que puede haber: expectativas de Derecho, Derechos morales, postulados sociales de justicia. Sin embargo, en ningún caso, se entiende que existen Derechos propiamente dichos previamente a su positivización.

Un exponente claro de estas teorías positivistas fue Bentham. Este autor consideró que donde no existían leyes positivas ni Estado no existía ningún Derecho, y el afirmarlo entraña una peligrosa metáfora cuya falacia se pone de manifiesto ante la propia necesidad de recurrir a la ley escrita para definir esos «sedicentes» Derechos naturales del hombre.¹⁸

La teoría de Bentham, referida a los derechos humanos estrictamente resulta una objetivación del Derecho y una legitimación del Derecho estatal frente a concepciones espiritualistas del Derecho. En este sentido, entendemos que las tesis de Bentham responden a una concepción que tendía a reivindicar el valor de la creación humana frente a la naturaleza. Tal concepción de la relación entre la creación humana y lo natural se dio con un desarrollo del fortalecimiento de las estructuras políticas estatales y comienzo de despertar de conciencias nacionales fruto de una soberanía popular. Así las fundamentaciones de la filosofía del Derecho se alejaban de justificaciones en un orden natural entendido como creación propio de la edad media y prolongado en la modernidad aunque con cierta autonomía.

Sin embargo, en tanto resultan afirmaciones genéricas a toda norma jurídica, no resultan fáciles de compatibilizar con experiencias jurídicas básicas en la historia humana. ¿Dónde quedarían todos los sistemas jurídicos previos a la existencia del estado? ¿No serían Derecho? Tengamos en cuenta que el estado tal y como lo entendía era relativamente moderno. Entonces, ¿qué ocurría con todas las épocas de la humanidad donde el Derecho privado ha sido el que ha regulado las relaciones entre personas y comunidades? Por otra parte ¿Qué sucede con el Derecho propio de las comunidades no estatales o

18. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos*, 56. Aunque, en general parece que la concepción de Bentham hoy la podemos considerar básicamente superada no podemos olvidar cómo tuvo eco en importantes autores hasta mucho tiempo después, pensemos por ejemplo en la concepción de Vilhelm Aubert figura de primer orden en la escuela de sociología del derecho que en su obra «Noen tanker om hva 'gjeldende rett'» entendía que la validez normativa depende principalmente de su procedencia estatal siempre que en su promulgación se hayan observado unas determinadas formalidades legales y sociales establecidas como constantes (G. VICENTE, «Nacimiento y primeros pasos de la sociología del derecho en Noruega, Vilhelm Aubert y el Grupo de Oslo», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 32 (2015) 122 <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/6473>> [Consulta 13 abril 2017].

de las organizaciones políticas y humanas no estatales? Entendamos pues que la teoría de Bentham podía resultar válida en el ámbito de los derechos humanos o de la filosofía política y del Derecho, pero no resulta sostenible desde el plano de la ciencia jurídica positiva. La contestación a estas cuestiones queda muy resumida en la afirmación de Vidal Gil cuando dice «que el Derecho positivo no agota la fundamentación de los derechos humanos es algo que no merece mayor discusión. Baste señalar al respecto que de otro modo sería imposible hablar de derechos humanos allí donde no reconocieron el ordenamiento jurídico positivo».¹⁹

Ciertamente, en la ciencia jurídica, la escuela histórica —Savigny, Gierke, como exponentes de la misma— hacía inviable las teorías de un reduccionismo del Derecho al ordenamiento jurídico estatal. Incluso como realidad necesaria y exclusivamente ligada al poder político.²⁰ «Si Savigny había sido el primero en refutar la doctrina del monopolio jurídico del Estado, Gierke es quien fundamenta esta refutación y hace de ella el elemento esencial de una nueva concepción del Derecho. El Derecho es una función especial de la vida en común, que no queda absorbida por el estado.»²¹ En cierta manera la escuela histórica supone una necesidad de contextualizar el proceso de positivización del Derecho dentro de la historia y la variación de las circunstancias humanas. En este sentido la escuela histórica supone también la imposibilidad de prescindir de un vínculo entre historia de la positivización del Derecho, historia humana como parte de la dinámica y de la historia de la naturaleza.

Más viable resulta la teoría positivista de Austin, otro exponente importante del positivismo jurídico inglés, que desarrolló la teoría de Bentham, compatibilizándola con los presupuestos de la ciencia jurídica. Afirma que los derechos naturales no son sino un sector de las reglas que en su teoría integran la moralidad positiva: conjunto de normas sociales emanadas de las opiniones y sentimientos colectivos que influyen en el Derecho, pero que no son Derecho. Tan sólo cuando esas reglas son promulgadas a través de mandatos que impongan deberes e impliquen sanciones resultan auténticos Derechos. Austin diferencia entre un orden jurídico y un orden ético previo en el que sitúa los derechos humanos como valores morales. Sin embargo la pro-

19. E. J. VIDAL, «Derechos humanos como Derechos subjetivos», en *Derechos humanos*, Madrid: Tecnos, 1992, 23.

20. J. BALLESTEROS, *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid: Tecnos 1984, 91.

21. F. GONZALEZ VICÉN, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna: Facultad de Derecho 1979, 293-307.

puesta de Austin vuelve a integrar la categoría metafísica como la base de la positivización del ordenamiento jurídico. Por tanto, esta solución no salva la «intrusión» metafísica denostada por el positivismo en general. En definitiva la propuesta de Austin supone la integración de la positivización del Derecho como producción humana dentro de la concepción de la naturaleza de la que forma parte.²²

Ciertamente la visión de los derechos humanos como derechos morales, puramente, sigue siendo una corriente doctrinal con mucha influencia. Desde los planteamientos a los que da lugar consigue iniciar un diálogo entre las corrientes positivistas y aquellas posiciones del iusnaturalismo moderado que subrayan la necesidad del proceso de positivización para hablar de Derecho propiamente dicho.²³ Sin embargo desde una doctrina también positivista pero de corte más continental se considera que esta visión de los derechos fundamentales resulta inoperante desde el punto de vista de la práctica y ciencia jurídica.²⁴ Ciertamente ¿cómo podrían protegerse estos derechos? Y si no tienen protección jurídica, ¿son derechos?, porque lo propio de la moral son las obligaciones pero no la categoría de derechos. Por otro lado, ¿no estamos más bien ante una aceptación de los derechos naturales, afirmando su naturaleza moral? No es de extrañar que en la ciencia jurídica se haya aceptado generalizadamente la categoría de derechos subjetivos que fue formulando el positivismo alemán del siglo XIX.

22. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Londres: John Murray, Albemarle Street 1832, 186.

23. Un ejemplo de este diálogo entre una dignidad de la naturaleza humana y el proceso de positivización lo podemos encontrar en las siguientes afirmaciones de Gay: «Abans de continuar voldria fer una especial menció al Preàmbul del Text, quin 60 aniversari feliçment celebrem. Una exigència ètica o de caràcter moral, obre, com a pòrtic d'inapeciable valor, el seu primer paràgraf: "que el reconeixement de la dignitat inherent a tots els membres de la família humana i de llurs drets iguals i inalienables constitueix el fonament de la llibertat, la justícia i la pau en el mon". I és que resulta difícil imaginar que un text jurídic amb vocació de continuïtat no es correspongui, en alguna mesura, amb una llei moral. Així Kant ens deixaria escrites aquestes memorables paraules: "hi ha dues coses que com més les contemplo omplen el meu esperit d'una creixent admiració: el cel estelat sobre el meu cap i la llei moral a dintre meu". Sens dubte, l'autor de *Per la Pau Perpètua* estava mogut per aquesta llei moral per formular, en tan breu com magnífic estudi, una proposta que, allunyada de qualsevol utopia, ens compelia a la politització del dret en l'àmbit de les relacions internacionals, és a dir més enllà dels límits dels Estats.» (E. GAY, *La lluita per la dignitat, la dignitat humana com [pressupost necessari de l'ordenament jurídic]*, Discurs d'ingrés a l'acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya 2008, 11).

24. E. J. VIDAL, «Derechos humanos como Derechos subjetivos», en *Derechos humanos*, Madrid: Tecnos 1992, 23.

En este sentido fueron las corrientes del positivismo alemán propias del siglo XIX las que comenzaron a tratar la positivización como un proceso que no es exclusivo del estado, hasta formular la teoría de los derechos subjetivos. Uno de sus precursores Bergmbohn se centra en el postulado de que el único Derecho existente como tal es el positivo que establece el fundamento de la convivencia entre los hombres.²⁵ Por tanto, entiende el proceso de positivización como el de la constitución del Derecho; pero no se centra en el estado como presupuesto de la existencia de cualquier ciencia o experiencia jurídica. Siguiendo esta línea de pensamiento se llegó a una de las grandes aportaciones del positivismo alemán a la ciencia jurídica a la hora de entender el proceso de positivización: la diferenciación entre derechos objetivos y derechos subjetivos.²⁶ Así se reconoció en la doctrina de autores como Gerber²⁷ o Jellinek.²⁸

Efectivamente, con esta distinción se conseguía una independencia de otros criterios morales y filosóficos, especialmente en materia de derechos humanos. Pero también se conseguía explicar la función constitutiva del Derecho evitando el viejo reproche de que de la nada aparece. Así, también se evitaba legitimar posibles arbitrariedades por parte del legislador. Nacieron pues como una alternativa técnica y aséptica a los llamados derechos naturales, que se consideraban categorías abiertamente ideológicas.²⁹ Sin embargo, a diferencia de Austin dan una explicación de continuidad entre la obligación moral y Derecho propio de la ciencia jurídica. Esta explicación resulta una aportación fundamental que integra el proceso de positivización del Derecho, entendido como un proceso creativo, dentro de la propia dinámica e historia natural.

La aparición del concepto de los derechos subjetivos no sólo supone un punto de partida jurídico en el proceso de positivización de los derechos fundamentales y en general de las leyes. Además supone una delimitación del

25. K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*; cito de la rep. Anastatica sobre la edición de 1892 de Detlev Auvermann, Glashütten im Taunus 1973, 181-182 y 407.

26. Se entendía por derechos públicos subjetivos: las expectativas de derechos, fruto de postulados sociales de justicia, que deben de ser reconocidas por el estado. Frente a estos derechos subjetivos aparecen los derechos objetivos; estos son los que surgen una vez reconocidos por el estado o autoridad pública. Ciertamente que para que pueda hablarse de estos derechos subjetivos y su transformación en derechos objetivos, era necesario el desarrollo de un Estado con personalidad jurídica. Por tanto, un estado titular de Derechos y obligaciones para con los ciudadanos. Además debía conseguirse la tutela jurisdiccional y judicial de las situaciones subjetivas que se institúan.

27. C. F. GERBER, *Diritto pubblico*, Milano: Giuffré 1971, 65 y ss.

28. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*; cito de la rep. Anastasia la 2ª ed. de 1919 de Scientia, Alen 1964, 81 ss.

29. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos*, 58.

campo jurídico respecto del ético, que no sólo posibilita una autonomía científica respecto de la ética sino que da claridad en la delimitación de los dos campos: «Las obligaciones son comunes a la moral y al Derecho. Por el contrario los derechos subjetivos o las pretensiones son características específicas del Derecho.»³⁰

En la consolidación de estos conceptos de derechos subjetivos y objetivos, resultó fundamental la doctrina de Jellinek.³¹ Esta explica el proceso de positivización de los derechos fundamentales como un proceso con varias etapas hasta la aparición de los derechos políticos o del ciudadano. Para ello distingue varias etapas:

La primera fase, que es la situación de partida se denominaría *Status Subiectionis*: Se trataría de una sujeción pasiva del ciudadano a las normas del poder político sin que este tenga Derechos subjetivos. Consiste, pues, en la plasmación en la teoría del Derecho de la dinámica de la naturaleza de la integración de la parte en el ecosistema o en el “todo” que presenta la naturaleza.

La segunda fase o *Status Libertatis*: En ella se reconocería un ámbito de autonomía al individuo. En este sentido, consistiría una esfera de no intromisión del poder del estado en la actividad de las personas. Se trata de que el individuo puede defender una esfera privada frente a la actuación del estado. Por tanto en esta segunda fase se responde a un proceso de individuación propio también de los procesos naturales.

La tercera fase o *Status Civitatis*: Se daría con la aparición de los derechos civiles y políticos. Por tanto, supone el derecho del ciudadano de poder exigir del estado comportamientos activos respecto de él. En consecuencia, se tratan de auténticos Derechos subjetivos públicos. Por último se considera al individuo como partícipe en la formación de la voluntad del estado como miembro de la comunidad política. En definitiva se trataría de la consideración de la relación del individuo o la parte con el «todo» o ecosistema como una relación de interacción mutua.

Esta teoría de Jellinek se ha convertido en clásica a la hora de entender el proceso de positivización de los derechos fundamentales actualmente. Quizás

30. M. MAUSS, «Essai sur le don», *L'Année Sociologique, seconde série*, 1923-1924; B. MALINOWSKI, *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*, Barcelona: Planeta-Agostini 1985, 70 y ss; C. LEVI-STRAUSS, *Antropología estructural*, Barcelona: Paidós 1995, 119-146.

31. G. JELLINEK, *System der subjektiven*, 81 ss.

sea el mayor aporte en la teoría de la positivización de los derechos fundamentales de las corrientes positivistas. Así, aunque las siguientes doctrinas, las realistas, hayan relativizado esta teoría y la hayan considerado como parte de un todo más amplio, no entendemos que se haya superado. La gran aportación de la teoría de Jellinek a la teoría de la positivización del Derecho la resume muy acertadamente Muller al afirmar que: No se trata, pues, de ratificar los postulados del Derecho natural, sino de dar vida en el marco de un ordenamiento a un conjunto de normas jurídicas.³² De esta manera, se ha aceptado una concepción de los derechos humanos fundada en este proceso de positivización tal y como lo planteó Jellinek. Por tanto basada en tres elementos: derecho subjetivo, derecho objetivo y obligación jurídica.

Sin embargo una formulación que entendemos que explica mejor los derechos subjetivos como títulos de positivización la realizó Peces Barba y fue desarrollada por Ernesto Vidal.³³ Estos autores vienen a concebir el derecho subjetivo como un cruce de caminos entre la moral y el Derecho. No olvidemos que todo ordenamiento jurídico tiene como fuentes del Derecho no sólo normas, legales o consuetudinarias, también son fuente del Derecho los principios. Así, tampoco podemos decir que estos derechos subjetivos fueran principios del Derecho sin más.³⁴ Para que así fuera, requerirían una capacidad de protección, que no cuentan desde sus primeros momentos. Pero tampoco podemos hablar de una categoría propiamente moral, pues a ésta le corresponden obligaciones pero no derechos; aunque sí se pueda hablar de obligación moral a la que le corresponden derechos. En definitiva no se puede hablar de derechos subjetivos que no sean jurídicos pero en ellos confluye el ámbito moral en tanto en cuanto responden a una obligación moral. Sin embargo; a diferencia de tesis iusnaturalistas, que parten de un Derecho natural entendido como Derecho o como moral; el proceso de positivización es entendido como constitutivo a partir de unos títulos jurídicos: Los derechos subjetivos.³⁵

32. F. MULLER, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker – Humblot 1969, 41.

33. G. PECES BARBA, «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los Derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos* 4 (1986-1987) 219-258; E. J. VIDAL, «Derechos humanos», 23-41.

34. En este sentido, Peces Barba pone como ejemplo de esta consideración de los Derechos subjetivos como principios generales del Derecho las tesis iusnaturalistas de Dowkin (G. PECES BARBA, «Sobre el puesto de la historia», 219-258).

35. *Ibíd.*, 219-258; E. J. VIDAL, «Derechos humanos», 23-41.

En la misma dirección de lo anteriormente manifestado, la teoría de los derechos subjetivos presenta el acto creativo del Derecho como un acto que no se sustrae de la naturaleza sino propio de la misma. Por tanto como una dinámica propia de la realidad natural. En este sentido las tesis positivistas más elaboradas permiten conjugar la consideración la positivización de los derechos humanos como un acto creativo con la observancia de las características de las dinámicas de la naturaleza.

4. TESIS REALISTAS Y NATURALEZA

No parten ni de una visión metafísica ni de una visión jurídico-formal de los derechos. Estas teorías parten, más bien, de una visión socio-política e histórica de la misma realización de los derechos fundamentales; pero sin negar la necesidad de su positivización y protección jurídica y jurisprudencial. Por tanto, para estas tesis la realización de los Derechos no es, fundamentalmente, ni su reconocimiento, ni sólo su positivización y protección formal. Más bien esto es parte de un proceso mucho más amplio de creación de las condiciones económicas y sociales que permitan a las personas el efectivo disfrute de esos derechos. Entiende pues los derechos fundamentales como: «producto de exigencias sociales del hombre histórico.»³⁶

Las tesis realistas supusieron pues una crítica tanto al iusnaturalismo racionalista como al positivismo: Al iusnaturalismo racionalista porque las tesis realistas suponían una concepción histórica y de concreción sociopolítica de los derechos fundamentales. Tal concepción no resultaba compatible con abordar la positivización de los derechos fundamentales en el ámbito metafísico de los ideales eternos. En cuanto al positivismo, porque pasaba a considerarlo como una solución a medias. Es decir, el realismo considera que no puede tratarse el problema de la positivización de los derechos fundamentales, o mejor de su realización, solamente en la constitución de unas normas formalmente válidas.

Así, frente a estas dos líneas doctrinales anteriores, la línea realista viene bien definida por uno de sus exponentes Kulcsar cuando entendía que la práctica de los derechos fundamentales no debía de buscarse exclusivamente en la constitución, sino en las relaciones de poder que le sirven de soporte y

36. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos*, 59

que obedecen a determinadas condiciones sociales, económicas y culturales.³⁷ Se trataría de entender la positivización sólo como un peldaño del complejo proceso socio-político e histórico de la realización de los derechos fundamentales. Ciertamente, desde una concepción más actual y complejiva de la naturaleza tampoco se pueden desvincular estos procesos de la dinámica de la naturaleza en la cual se inserta la historia y dinámicas sociales humanas.

Dentro de las tesis realistas uno ejemplos de la filosofía del Derecho contemporánea sería Bobbio.³⁸ Este autor consideraba que el problema de los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos. En el proceso de resolución o respuesta a este problema encontramos integrada la positivización de los mismos.

En este mismo sentido, Lhuman, parte de un punto de vista sociológico. Desde ahí concluye respecto del problema de la positivización de los derechos fundamentales que en la sociedad actual no se trata de un problema de consagración de derechos eternos. Más bien, en una sociedad burocrática e industrial, estos derechos requieren su incorporación a las instituciones sociales para posibilitar su realización.³⁹

Por su parte, Badía constata una creciente influencia de la realidad social a la hora de configurar e implementar los derechos. En este sentido las tesis actuales se alejan de concepciones del orden jurídico como una ordenación superpuesta sobre la social y capaz de determinarla. En realidad se inserta dentro de la realidad social y de sus dinámicas sociológicas.⁴⁰ Entendemos que insertar el orden jurídico dentro de esta dinámica sociológica supone, verdaderamente, insertarlo dentro de las realidades que vienen dadas en la naturaleza social de los seres humanos. A esta conclusión se llegaría desde un cuestionamiento de una concepción de la realidad y dinámicas sociales como fuera de la naturaleza y su dinamismo.⁴¹ Entendemos que una distinción

37. K. KULCSAR, *Social factors in the evolution of civic rights*, en el vol. Col. *Socialist Concept of Human Rights*, Budapest 1966, 122.

38. N. BOBBIO, « L'illusion du fondement absolu », en *Le fondement des droits de l'homme (Actes des entretiens de L'Aquila, 14-19 septembre 1964)*, 8.

39. N. LUHMANN, *Grundrechte als institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humboldt 1974, 27 ss. y 201.

40. J. FERRANDO BADÍA, *Estudios de Ciencia Política y de Teoría Constitucional*, Madrid: Tecnos 1988, 52.

41. El mismo descubridor de la mecánica cuántica realiza afirmaciones que nos parecen determinantes aplicándolas al campo que nos ocupa: «... Esta ciencia dirige su atención ante todo a la red de las relaciones entre hombre y Naturaleza: a las conexiones determinantes del hecho de que nosotros, en cuanto seres vivos corpóreos, somos parte dependiente de la Naturaleza, y al propio tiempo, en cuanto hombres, la hacemos objeto de nuestro pensamien-

entre realidad jurídica, social y natural como si tratáramos de realidades independientes y desintegradas no resultaría sostenible si concebimos al hombre como un ser dentro de la naturaleza y en inevitable relación con la misma.

5. LOS DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN Y LA CUESTIÓN DE SU POSITIVIZACIÓN

Sociológicamente va creciendo la conciencia de que asistimos al final de una etapa y de que las personas tienen nuevas necesidades y descubren nuevas facetas personales y del mundo y que se les plantean nuevos problemas. Como fruto de estas cuestiones y problemáticas y ante una insatisfacción con los medios aportados por las instituciones políticas y jurídicas actuales se van fraguando los llamados por los teóricos derechos de tercera generación.⁴²

Se trata de sensibilidades sociales que van creciendo como reacción a una sociedad de consumo que resulta deficitaria de justicia social en muchos de sus ámbitos. Por tanto aparecen valores sociales y sociológicos que van teniendo consecuencias concretas tanto a nivel grupal, como en las relaciones interpersonales. Aparecen o se acentúan cada vez más las reivindicaciones ecológicas, marginales, pacifistas, etc., que vienen acompañando a las ya clásicas reivindicaciones igualitarias y van cobrando independencia respecto de las mismas. Todas ellas evidencian un radical cambio de sentido en el sistema de valores vigente en el mundo occidental.

Sin embargo, Aras Pinilla⁴³ recoge acertadamente unas fuertes dudas cuando no oposición respecto de su carácter jurídico. Especialmente en los llamados derechos difusos en los que no está claramente determinado cuál es su objeto y sus sujetos. En este sentido, el mismo Pinilla afirma: «al querer introducir en la categoría de los derechos humanos a todas las reivindicacio-

to y nuestra acción.» (W. HEISEMBERG, *La imagen de la naturaleza en la física actual*, Trad. G. Ferraté, Barcelona: Ariel 1976, 24-25).

42. Encontramos que este planteamiento subyace en las tesis de Habermas cuando afirma: «Yo no considero fundada esta tesis según la cual a lo que estamos asistiendo es a la irrupción de una época postmoderna. Lo que está cambiando no es la estructura del espíritu de la época, no es que el modo de la disputa sobre las posibilidades de vida en el futuro; no es que las energías utópicas en general se estén retirando de la conciencia histórica. A lo que estamos asistiendo es más bien, al final de una determinada utopía de la utopía que en el pasado cristalizó en torno a la sociedad del trabajo», J. HABERMAS, «Sobre la pérdida de confianza en sí misma de la cultura occidental», trad. española de M. Jiménez Redondo, *Revista de las Cortes Generales* 3 (1984) 9.

43. I. ARA PINILLA, *Las Transformaciones de los Derecho humanos*, Madrid: Tecnos 1990, 120.

nes de nuestra época, incluyendo al Derecho a la paz y al desarrollo, se termina destruyendo su especificidad y reduciendo su campo de aplicación jurisprudencial, por la fuerza pública, porque un Derecho no puede existir sin objeto preciso y posible.»⁴⁴ Esto aún resulta más evidente en Haarscher cuando manifiesta que «Para que los derechos humanos posean un significado preciso... son necesarias cuatro condiciones: un titular que pueda acreditar su condición, un objeto que suministre un contenido al Derecho, una oponibilidad que permita al titular hacer valer su Derecho ante la correspondiente instancia, y una sanción organizada. Sin estos cuatro elementos no se puede hablar de derechos en el sentido estricto de la palabra ni, por consiguiente de derechos del hombre...».⁴⁵

Las anteriores referencias resultan un ejemplo ilustrativo de la argumentación sólida que considera que no se dan en estos llamados derechos de tercera generación las condiciones mínimas para su positivización. Se trataría más bien de principios éticos asumidos sociológicamente que tendrían una determinada influencia en la interpretación y aplicación de las normas en general y de los derechos fundamentales, en particular. Por este motivo, no podemos desechar la posibilidad de que estos principios cuajen poco a poco en fuentes del Derecho y principios jurídicos de carácter más concreto que la categoría de Derecho fundamental.⁴⁶ Podríamos decir que sí son ámbitos donde la ciencia jurídica puede ir avanzando.

44. A. BIRMO, «Synthèse concernant les principes généraux du droit et les droits de l'homme», en AAVV., *Gli operatori del diritto dell'huomo*, Milano: Giuffrè 1987, 311.

45. En el mismo sentido continúa Haarscher: «¿Quién es el titular de los Derechos? ¿El individuo? ¿Los pueblos? ¿Y el contenido de los Derechos? ¿Hay algo más vago que la protección del medio ambiente o el respeto de las culturas? Proclamar, por ejemplo el Derecho a un ambiente pacífico ¿Implica un pacifismo radical? ¿En qué condiciones? ¿El ambiente debe quedar preservado de cualquier polución vinculada a la industrialización?, pero entonces ¿cómo hacer compatible semejante exigencia con el Derecho al desarrollo, también incluido en la categoría de los nuevos Derechos del hombre? Por lo demás, en lo que concierne a la oponibilidad ¿frente a quién pueden invocarse estos Derechos? ¿a las instancias internacionales? Finalmente, en lo que concierne a la sanción, ¿Cuál es el mecanismo judicial, cuál la fuerza pública que proporciona su efectividad a estos Derechos?» (G. HAARSCHEER, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles 1987, 42-43)

46. En este sentido entendemos la afirmación de Rojo al tratar la cuestión de los Derechos de las futuras generaciones: «hablar de los Derechos de las futuras generaciones nos enfrenta con la configuración de la totalidad de lo real como medio ambiente propio para la realización completa del ser humano y como exigencia para una, también completa, proyección de su libertad. Por otra parte, la idea de medio ambiente propuesta implica su realización con actitudes de responsabilidad y de universalización, exigidas a su vez por un sentido del Derecho que supera la idea que sobre éste ha elaborado la ciencia moderna» (J. M. ROJO, «Los Derechos de las futuras generaciones», *Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos 1992, 209).

Lo que no nos parece nada acertada es la revisión de una posible eficacia jurídica sin necesidad de un verdadero proceso de positivización.⁴⁷ Esta propuesta pretende una fundamentación y legitimación en la consideración de que la democracia es un proceso dinámico. Otro argumento empleado para legitimar esta eficacia jurídica de los derechos de nueva generación al margen de la positivización es la constatación de que la omnipresencia del estado no garantiza mejor los derechos propios de algunos ámbitos de las relaciones interpersonales. Sin embargo, no consideramos que resulten apropiadas estas fundamentaciones a la hora de tratar el proceso de positivización y garantía jurídica por dos motivos fundamentalmente.

En primer lugar no debemos identificar las garantías jurídicas con el ámbito estatal y político. Se está hablando de dar una cobertura legislativa para poder dar una tutela judicial efectiva a títulos legítimos derivados de estos «derechos sociológicos». Se trataría, pues, de proteger aspiraciones legítimas de personas o colectivos con un sistema que resulte independiente de otras instancias políticas e institucionales. Pero para ello no hay otra alternativa más que objetivar los derechos subjetivos que hayan nacido de las sensibilidades sociológicas llamadas por un sector doctrinal como «derechos de tercera generación». De lo contrario, como hemos visto, quedan al margen del Derecho.

En segundo lugar, no podemos confundir la pretensión de dar una garantía jurídica con la consideración de que sea el único medio social de llevarlos a la práctica. Positivizar jurídicamente y dar tutela judicial a las situaciones que resulten relevantes para el derecho no impide otros medios de desarrollo social. No se trata de concluir procesos sino de dar cauces jurídicos de realización. No podemos olvidar que el Derecho, ni agota toda la realidad, ni pretende constituirse como una realidad paralela. La realidad jurídica confluye con la realidad natural en la misma vida del hombre.⁴⁸

47. I. ARA PINILLA, *Las Transformaciones*, 120.

48. Esta confluencia la podemos ver por ejemplo en el pensamiento de Zubiri cuando afirma: «... hay también un constructo en virtud del cual la vida tiene que hacerse con las cosas y éstas, en una u otra dimensión, son de y para la vida» (X. ZUBIRI, *Sobre la realidad*, Madrid: Fundación Xavier Zubiri, 2001, 222).

6. CONCLUSIONES COMUNES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DE LA NATURALEZA

Desde un punto de vista puramente filosófico podemos hablar de diversas teorías que explican el proceso de positivización como algo distinto en cada una de ellas: un proceso declarativo de reconocimiento, en el caso de las tesis iusnaturalistas; un proceso constitutivo, en el supuesto del positivismo; la positivización como parte de un proceso de praxis y desarrollo político, en el caso del realismo. Sin embargo, desde un punto de vista de la teoría del Derecho al servicio de la ciencia jurídica, existe una complementariedad de las visiones. Ciertamente, cada una resalta aspectos diferentes del proceso de positivización pero, en todo caso, resaltan aspectos que en los tres modelos se dan, de una u otra forma.

En efecto, el iusnaturalismo puso unos cimientos en los que construir una teoría respecto de la positivización de los derechos humanos. A este respecto, no podemos dejar de recordar el axioma que «de la nada, nada sale». Sin embargo, faltaba el desarrollo de un proceso que explicara la aparición de las propiedades del Derecho. Por el mismo motivo, han jugado un papel fundamental las tesis positivistas, fundamentalmente las del positivismo alemán. Por el mismo motivo, no se puede negar que la doctrina de los derechos fundamentales era una teoría y praxis que requerían una técnica que no se explicaba por «ciencia infusa». Pero tampoco se puede ver el proceso de positivización de los derechos fundamentales como un fin en sí mismo, sino que su fin está en los hombres y en la sociedad. Así, las tesis realistas han ayudado a establecer la positivización de los derechos fundamentales dentro de un marco de condiciones y procesos sociopolíticos que los posibiliten realmente. Es decir que no queden en una mera teoría.

De todo lo antedicho entendemos que el avance de mayor importancia en la teoría de la positivización desde la aparición de las declaraciones de derechos fundamentales ha sido el concepto de Derecho subjetivo. Esta categoría ha supuesto dar al proceso de positivización de los derechos fundamentales un punto de partida auténticamente Jurídico. Sin embargo, no parece correcto dejar de atender en la explicación a la influencia del hecho prejurídico. Este hecho prejurídico ha ido confluyendo en la categoría jurídica del derecho subjetivo. Un componente fundamental de este hecho prejurídico sería la obligación moral. Pero otro que no es de tipo ético sino sociológico aparece en muchas ocasiones como factor intermedio o posibilitador. Podríamos llamarlo una sensibilidad social o conciencia social que es la que va posibilitando como factor previo el reconocimiento de los derechos positivos. La positivización sería un camino para este reconocimiento, pero hay otros que

pueden darse como fenómenos alternativos o determinantes del mismo. Tales serían el crear una conciencia en el juzgador que se traduce en la interpretación de las normas, o en el legislador a la hora de crear normas de otra índole, o en el poder ejecutivo a nivel de la praxis. En este sentido no consideramos este factor sociológico como un elemento propiamente jurídico, como podría parecer entenderse de algunas teorías de los derechos de tercera generación, sino prejurídico. Así mismo, este factor sociológico tampoco guardaría una relación de causalidad con los derechos subjetivos ni con las obligaciones éticas, sino tan solo instrumental.

Ciertamente, partiendo de los derechos subjetivos, el proceso social, político y jurídico desarrollado por Jellinek explica el paso de unos derechos subjetivos a unos derechos fundamentales objetivos. De estos, pues, surgen la obligación jurídica que se desprende de los derechos fundamentales reconocidos en las declaraciones universales y textos constitucionales.

Por tanto, las diferentes tesis sobre la positivización de los derechos fundamentales han ido estudiando y alentando un proceso social e histórico que está en marcha y que no se podría entender desde la univocidad. Así mismo, este carácter dinámico y de proceso humano no podemos sustraerlo de lo que entendemos la dinámica de la realidad de la naturaleza. Se evidencia pues en el estudio de este proceso positivización de los derechos humanos los distintos aspectos de la complejidad de la realidad tal y como se entiende en la ciencia actual,⁴⁹ entre estos aspectos destacamos los que detallamos a continuación.

Las tesis positivistas y realistas pusieron de manifiesto que no bastaba con una universalidad de los derechos fundamentales para su explicación y realización, sino también era necesaria la positivización de los derechos y de su concreción social e histórica. Por tanto, se evidencia la necesidad de estudiarlos en el contexto de la historia de la comunidad humana y de su geografía, es decir, también en su dimensión procesual, humana y ecosistémica en el universo.⁵⁰

49. E. MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona: Gedisa 1994, 22: «Mientras que el pensamiento simplificador desintegra la complejidad de lo real, el pensamiento complejo integra lo más posible los modos simplificadores de pensar, pero rechaza las consecuencias mutilantes, reduccionistas, unidimensionalizantes y finalmente cegadoras de una simplificación que se toma por reflejo de aquello que hubiere de real en la realidad».

50. En realidad se trata de ir a una lógica previa entre las divisiones entre social, natural, histórico o permanente: «cuesta asimilar la unión de fondo entre lo humano, lo cósmico y lo divino en una época como la nuestra que ha hecho de la división lineal (el análisis) su bandera... Semejante lógica profunda escapa a cualquier etiqueta en la medida en que ofrece un discurso ajeno a los cortes mecanicista o espiritualista, biológico o histórico etc., para apelar

En este sentido, el realismo estableció la necesidad de encuadrar los derechos dentro de unas condiciones sociales y políticas que los hiciera posibles en la vida de las personas, de lo contrario se quedaban en mera teoría. De esta manera, el contexto humano que forma parte del contexto de la naturaleza cobra importancia no sólo en la configuración de los derechos humanos, sino también en su implementación.⁵¹

Por otra parte, se evidencia que el proceso de positivización de los derechos fundamentales ha sido una dinámica de concienciación y creación humana. Por tanto, este proceso ha supuesto la integración a nivel personal, social y cultural de ideas, grupos sociales y culturales; pero también ha supuesto la confrontación de los mismos. En este sentido se evidencia que el carácter creativo que supone la positivización de los derechos no se sustrae de la misma interacción natural.⁵² Ciertamente, los procesos creativos son parte de la naturaleza ya que los elementos que la configuran no sólo tienen una función de adaptación al sistema natural, sino también de transformación del mismo.

Además, tanto la teoría de los derechos subjetivos como la de la positivización de Jellinek han supuesto que el principio de causalidad, propio de la filosofía de la naturaleza clásica, debe de ser entendido en clave procesual, en todo caso. Esta clave de comprensión procesual se debe a la complejidad real de la positivización de los derechos fundamentales. En la actualidad, no podemos dejar de atender a la comprensión de los sistemas naturales, en los que

a una visión acaso previa» (L. ESPINOSA, «Por qué Heráclito hoy y siempre. Notas para una cosmo-antropología», *Cuadernos Salmantinos de filosofía* n. extra 42 [2015] 184).

51. De esta manera «Lo humano» contextualmente entraría a formar parte de lo natural atendiendo al sentido positivo de naturaleza, tal y como lo explica Zubiri: «¿Qué se entiende por natural? ¿Qué es Naturaleza? Una proposición que respondiera a estas preguntas sería una afirmación que acotaría, dentro del mundo de lo que hay, aquellos entes que caen dentro de la región de lo natural. Por tanto, tendría una doble dimensión. De un lado, miraría al mundo entero de lo que hay; de otro, al interior de una región de él... mirando desde este segundo aspecto, sería una afirmación que daría sentido primario a cuanto hay en esa nueva región. Sería, pues, lo que permitiría establecer o poner cosas en ella; sería el principio de su *positum*, de la positividad, un *principio positivo*, esto es, permitiría dar sentido unívoco al verbo existir dentro de esa región; habría dado lugar a una ciencia positiva» (X. ZUBIRI, *Naturaleza, Historia y Dios*, Madrid: Alianza 1994, 336).
52. Zubiri aporta una explicación que armoniza esta doble faceta de creación humana y Natural desde el ejemplo de la creación sintética de productos que crea la naturaleza y concluye: «Toda la técnica actual fabrica innumerables cosas naturales, que son artificiales desde el punto de vista del principio que las produce, pero que son formalmente naturales desde el punto de vista de su modo de realidad» (X. ZUBIRI, *Sobre la realidad*, 221). Entendemos que esta categoría sería aplicable a la creación de los derechos humanos.

se insertarían los sociales, como sistemas complejos.⁵³ Complejidad que no se debe de confundir con dificultad, sino como interacción entre distintos elementos y de los mismos con el contexto cuyas dinámicas van evolucionando dependiendo de distintas variables.

Así mismo, se pone de relieve cómo el proceso de positivización de estos derechos, ha supuesto una alternancia muy fuerte entre orden y cuestionamiento del mismo.⁵⁴ A este respecto se dan interacciones sociales en ambas claves vertebración (organización) – superación (para la renovación)⁵⁵ que intervienen activamente en el proceso de positivización y realización de los derechos humanos. Esto supone una fluctuación que ha pasado de comprender los derechos como un sistema organizado a la desestructuración de las teorías jurídicas sistemáticas como consecuencia de su apertura a realidad. Pensemos en los llamados derechos de tercera generación como cuestionamiento de la suficiencia del sistema constitucional e internacional de derechos fundamentales.

Ciertamente, todo el estudio del proceso de positivización de los derechos fundamentales supone un esfuerzo de toma de conciencia de que se trata de un instrumento para la comunidad humana, por tanto no de un fin en sí mismo. Este esfuerzo se ha ido traduciendo en teorías cada vez más adaptadas a la realidad humana y social, es decir más compleja.

La evolución de las teorías sobre la positivización de los derechos humanos supone un avance en la consideración del sistema como un instrumento que la misma comunidad humana se da a sí misma. Por tanto, esto supone la necesidad de tener en cuenta en tales teorías a la comunidad humana con sus características como productora y receptora de derechos fundamentales de manera integrada en la naturaleza.⁵⁶

53. E. MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, 22.

54. En este sentido podemos aplicar al ámbito de los derechos humanos la afirmación de Prigogine referida a los sistemas físicos: «Los conceptos de Ley de 'orden' no pueden ya considerarse inamovibles y hay que investigar el mecanismo generador de leyes, de orden, a partir del desorden, del caos» (I. PRIGOGINE, *¿Tan sólo una Ilusión?*, Barcelona: Trusquets 1983, 159).

55. Este mismo esquema de orden y desorden en la naturaleza se explica en términos relativos: «En la naturaleza existe una gran diversidad de entidades propiedades, procesos. Existen muchos factores aleatorios en el orden natural. Actualmente, cuando los científicos hablan de 'desorden' no se refieren a un puro caos, a un desorden absoluto, que es tan irreal como el orden absoluto» (F. UGALDE, «La cuestión del orden», 308).

56. Heisenberg manifiesta esta integración de la producción humana en la naturaleza en los siguientes términos: «La ciencia natural presupone siempre al hombre, y no nos es permitido olvidar que, según ha dicho Bohr, nunca somos sólo espectadores, sino siempre también actores en la comedia de la vida.» (W. HEISENBERG, *La imagen de la naturaleza*, 13)

Además, como se deduce de lo analizado, se puede hablar de una teoría autónoma de los derechos fundamentales. Pero no podemos olvidar que también la evolución de las teorías ha ido excluyendo su independencia total frente a otras áreas, moral, política, sociología etc. Con esto queremos decir que han ido excluyendo que partan de la nada, como parecía afirmar Bentham en su día. Así mismo, las tesis realistas evidencian la dependencia del sistema de derechos fundamentales de las condiciones sociales y políticas y también naturales.

La evolución del positivismo al realismo en las teorías políticas, parece el fruto de la aceptación de la imposibilidad de una explicación lógica totalizadora del proceso de positivización de los derechos fundamentales. Es decir de la imposibilidad de una explicación exclusivamente racional – teórica de un proceso histórico y vital.⁵⁷

La aparición de los derechos subjetivos como macro-concepto que supone un cruce de caminos entre lo moral y lo jurídico supone, a nuestro entender, el fruto de un pensamiento dialógico. Pero ambas se han de encontrar en una comprensión de la vida y de la sociedad complexiva que las hace encontrarse.⁵⁸ Por tanto, no se trata de una síntesis, sino del proceso de evidenciación de fundamentos que resultan convergentes y de concreción de los mismos. Se trata de un proceso de equilibrio inestable que se enmarca dentro de un sistema social como integrado en los distintos sistemas de la naturaleza.

En definitiva, de todas las conclusiones se llega a una evidencia de cómo la positivización de los derechos humanos es un proceso que resulta de la

57. *Ibíd.*, «En cuanto a si los resultados son definitivos, hay que recordar que en el dominio de las ciencias exactas naturales siempre se han ido encontrando soluciones definitivas para determinados sectores de la experiencia, bien acotados... sistemas, empero, de cuyos conceptos y leyes no puede naturalmente esperarse que sean más adelante aptos para expresar nuevos sectores de la experiencia. Sólo en este sentido limitado, por lo tanto, puede decirse que sean definitivos los conceptos y las leyes de la teoría de los cuantos; y sólo en este sentido limitado puede ocurrir en general que el conocimiento científico quede definitivamente fijado en el lenguaje matemático o en cualquier otro... Por vía de analogía, puede aducirse el ejemplo de numerosas filosofías del derecho, según las cuales existe siempre un cuerpo de derecho válido, pero en general un nuevo conflicto jurídico ha de motivar la creación de una nueva norma de derecho bajo la cual subsumirle, ya que el cuerpo jurídico que ha quedado fijado por escrito abarca sólo sectores acotados de la vida, y por consiguiente no es posible que oblique en toda circunstancia.»

58. E. MORIN, *Introducción*, 23: «Pascal había planteado, correctamente, que todas las cosas son "causadas y causantes, ayudadas y ayudantes, mediatas e inmediatas, y que todas (subsisten) por un lazo natural e insensible que liga a las más alejadas y a las más diferentes". Así es que el pensamiento complejo está animado por una tensión permanente entre la aspiración a un saber no parcelado, no dividido, no reduccionista, y el reconocimiento de lo inacabado e incompleto de todo conocimiento».

misma dinámica natural. Esto es una cuestión distinta a la de una ley natural captable por la razón o por una creencia. Así, el estudio del proceso de positivización de los derechos humanos permite llegar por el análisis racional a unas conclusiones que identifican este proceso como una dinámica natural. Esto no supone en ningún caso una univocidad de las distintas experiencias jurídicas; pero sí que permite afirmar que tradiciones jurídicas diferentes van convergiendo en la positivización de unos derechos que se corresponden con necesidades humanas. Tales necesidades y derechos vienen reconocidos y acordados en las declaraciones de derechos humanos. Por tanto este acuerdo y reconocimiento forma parte de una creciente experiencia jurídica que, siendo producción del hombre, va más allá de lo meramente cultural, y cumple las características de las dinámicas de la experiencia de lo natural.