

## LA CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES: POSITIVISMO, INTERPRETACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA

*THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS: POSITIVISM, INTERPRETATION AND LEGAL SECURITY*

*A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: POSITIVISMO, INTERPRETAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA*

Pablo Jiménez Serrano\*

\* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Docente e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA), Brasil.

**SUMARIO:** *Introducción. 1.1 La norma positivada: perspectiva de la teoría comunicacional del derecho. 1.2 Teoría comunicacional del derecho. 1.3 El derecho como texto. 2 Los límites del derecho prescrito en ley: obstáculos a la concretización de los derechos humanos fundamentales. 3 Concretización de la norma fundamental: del texto a la acción. 4 Conclusión. Referencias.*

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo discutir los factores que limitan la efectividad y concretización de los derechos humanos fundamentales en las sociedades brasileña y latinoamericanas. Por medio de una investigación doctrinal e histórico-realista (empírica), se caracterizan los obstáculos que impiden la anhelada concretización. La metodología utilizada contempla el método deductivo, aplicado en la investigación bibliográfica, filosófica y normativa, brasileña y extranjera, teniendo como marco teórico, entre otros, los trabajos “El Derecho como texto: cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho”, de Gregorio Robles, “Curso de filosofía jurídica”, de Pablo Jiménez Serrano y “La era de los derechos”, de Norberto Bobbio. Teniendo como base estos trabajos, se discute la importancia y las perspectivas de una teoría comunicacional del derecho y los límites que el texto legal impone a la implementación, debido a la falta de conocimiento o mal uso de las técnicas legislativas. También se discute el concepto, el significado y el alcance de los conceptos operacionales utilizados y relacionados a la concretización de los derechos humanos fundamentales. Se concluye que la responsabilidad de la concretización y efectividad de los derechos es de naturaleza estatal, gubernamental y social, siendo la solidaridad y la convivencia social los principios rectores de este proceso, más allá de los intereses económicos y políticos partidarios.

**PALABRAS CLAVE:** Concretización de derechos; Derechos humanos fundamentales; Voluntad; Conciencia; Acción.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the factors that affect the failure to fulfill fundamental human rights in Brazilian and Latin American societies. Through doctrinal and historical-realistic (empirical) research, the obstacles that limit the longed-for achievement are characterized. The chosen methodology was the deductive method, through bibliographic research, jusphilosophical and normative doctrine, Brazilian and foreign, having as theoretical frameworks, among others, the works “The law

**Autor correspondente:**

Pablo Jiménez Serrano

E-mail: contato@jurismestre.com.br

Recebido em: 04 junho 2023

Aceito em: 09 agosto 2023

as a text: four studies of communicational theory of law”, by Gregorio Robles, “Legal philosophy course”, by Pablo Jiménez Serrano and “The era of rights”, by Norberto Bobbio. Based on these works, it discusses the importance and perspectives of a communicational theory of law and the limits that the legal text imposes on implementation, due to the lack of knowledge or misuse of legislative techniques. The concept, meaning and scope of the realization of fundamental human rights are also discussed. It is concluded that the mandate and responsibility for realizing rights is of a state, governmental and social nature, with solidarity and social coexistence as guiding principles of this process, in addition to economic interests and political parties.

**KEY WORDS:** Realization of rights; Fundamental human rights; Will; Consciousness; Action.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo discutir os fatores que limitam a efetividade e a concretização dos Direitos humanos fundamentais nas sociedades brasileiras e latino-americanas. Por meio de uma investigação doutrinária e histórico-realista (empírica), são caracterizados os obstáculos que impedem a realização desejada. A metodologia utilizada contempla o método dedutivo, aplicado em pesquisas bibliográficas, filosóficas e normativas, brasileiras e estrangeiras, tendo como referencial teórico, entre outros, as obras “O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito”, de Gregorio Robles, “Curso de filosofia jurídica”, de Pablo Jiménez Serrano e “A era dos direitos”, de Norberto Bobbio. Com base nesses trabalhos, discute-se a importância e as perspectivas de uma teoria comunicacional do direito e os limites que o texto legal impõe à sua implementação, por desconhecimento ou mau uso das técnicas legislativas. Discute-se também o conceito, o significado e o alcance dos conceitos operacionais utilizados e relacionados à efetivação dos direitos humanos fundamentais. Conclui-se que a responsabilidade pela efetivação e efetivação dos direitos é de natureza estatal, governamental e social, sendo a solidariedade e a convivência social os princípios norteadores desse processo, além dos interesses econômicos e políticos partidários.

**PALAVRAS-CHAVE:** Realization of rights; Fundamental human rights; Will; Consciousness; Action.

## INTRODUCCIÓN

La efectividad de los derechos en general, y de los derechos humanos fundamentales, en particular, enfrenta profundas limitaciones, en un mundo aún regido por las diferencias, la miseria, la pobreza y la exclusión social, donde el reconocimiento y constitucionalización de estos derechos parece ser el único objetivo de las políticas jurídicas practicadas en los diversos sistemas de gobierno conocidos.

Los diversos problemas y fenómenos sociales y jurídicos heredados, ya sea de los sistemas de gobierno o de formaciones socioeconómicas anteriores, continúan perpetuándose, como consecuencia de la negación e inobservancia del papel que juega la realización de los derechos humanos fundamentales en la evolución de los derechos humanos, fundamentales y sociedades en aras de las democracias modernas.

Observando esta problemática, en el presente artículo se discute el concepto y el significado de la concretización de los derechos humanos fundamentales, buscando así demostrar que el reconocimiento de estos derechos no debe ser considerado el único objetivo de la política jurídica.

El problema científico que estimula esta investigación es el siguiente: ¿Cuáles son los vínculos o relaciones lógicas que existen entre la positivización, la acción (voluntad y conciencia) y la efectividad (concretización) de los derechos?

Para abordar el problema mencionado, fueron consideradas las siguientes premisas (o hipótesis de trabajo):

- a) La positivización es condición para la concretización de los derechos, pero, ciertamente, no todo derecho positivizado es materializado (ni realizable);
- b) Ningún derecho se realiza por sí mismo. Por tanto, no basta que el derecho prescrito en el texto de la ley; es importante la acción humana, que es movida por la voluntad y la conciencia.

En el mismo sentido, y teniendo en cuenta una línea coherente de discusión, se consideró importante utilizar la categoría eficacia como concepto operativo, por ser una de las características esenciales de los derechos humanos fundamentales.

Ciertamente, el concepto de efectividad o concretización, según doctrinas (nacionales e internacionales), también se refiere a la actuación del Poder Público, en el sentido de garantizar la realización de los importantes derechos en estudio. Así, sería importante responder las siguientes cuestiones: ¿quién es el responsable de que esto suceda? o más bien, ¿quién debe realizar los derechos? ¿únicamente el Estado, los gobiernos (o gobernantes) o la sociedad?

Para dar respuesta a estas preguntas se presupone, *primero*, conocer las posibles diferencias existentes entre una norma positivada y una norma concretizada y, *segundo*, indagar la relación existente entre eficacia social, eficiencia y responsabilidades.

Así, con la finalidad de poder conducir la investigación y la discusión, se trazaron los siguientes objetivos:

- a) destacar los obstáculos que la positivización impone al proceso de concretización (lectura e interpretación de la ley concebida como orden normativo);
- b) redefinir el concepto, significado y alcance de la realización de los derechos y;
- c) discutir los elementos que inciden en la no realización de los derechos, a saber, la voluntad, la conciencia y la acción (lectura externa del derecho, como sistema).

Durante la investigación, también se consideró importante reconocer la ausencia de mecanismos eficientes relacionados con la realización de los derechos (perspectiva pragmática o pragmatismo jurídico) como un campo de

acción relevante para nuestra investigación. Este análisis se derivó de un estudio previo sobre la diversidad de factores que inciden en la no realización de los derechos y que permitió proponer la elección consciente de los medios adecuados para lograr los objetivos trazados.

La metodología aplicada incluye el método deductivo, usado en la investigación bibliográfica, doctrinaria y normativa brasileira y extranjeras, teniendo como marcos teóricos las obras que definen el sentido de la prescripción normativa y la importancia de la voluntad, de la consciencia y de la acción en el contexto del derecho y de las políticas públicas.

Se concluye que el reconocimiento y la afirmación de los derechos y, en particular, de los derechos humanos fundamentales, contribuye, pero no determina a su concretización.

Finalmente, como aporte o contribución científica, se destacan los seis obstáculos que limitan e impiden la concretización de los derechos humanos fundamentales, alertando así sobre la necesidad de la toma de decisiones frente a la idealización de un proyecto de país solidario que permita la edificación de la conciencia, en el contexto de las sociedades brasileña y contemporáneas.

### 1.1 LA NORMA POSITIVADA: PERSPECTIVA DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Este tópico aborda de las perspectivas del Derecho histórico y moderno, esto es, del Derecho concebido como un conjunto de normas. Se trata, por tanto, de un enfoque, por medio del cual se destacan los aportes del positivismo normativo, aquí caracterizado como las “virtudes del positivismo”, exaltando la importancia que el texto legal tiene para la certeza, la coherencia y seguridad, condición para la justicia, que los recursos lógico-formales, deben ofrecer a las sociedades modernas.

Según esta comprensión dogmático-normativa y formalista (fundamento), el Derecho, por tanto, sería un orden “invariable” de normas e institutos jurídicos que encontraría su legitimidad en los poderes de los Estados, cuyos principales problemas serían: la validez, la jerarquía y la coherencia normativa, objetivos que han de definir los modernos sistemas de derecho brasileño y latinoamericano.

Con base en la idea de un “positivismo virtuoso”, el Derecho se define como un conjunto de normas positivas (reglas de conducta) que se consideran obligatorias en una determinada sociedad, ya que su violación dará lugar a la intervención de una consecuencia o sanción<sup>1</sup>, en este sentido, el derecho debe ser concebido como un orden normativo de la conducta humana (un sistema de normas), así definido por Hans Kelsen (1998)<sup>2</sup>, como el verdadero objeto del conocimiento jurídico (de la ciencia del derecho).

Así, se dice del dominio “jurídico-normativo” de la ciencia en estudio, expresión de ese dominio del Derecho, donde sólo rigen las normas jurídicas, traducidas en forma de proposiciones prescriptivas, mediante las cuales, y con el buen uso del lenguaje, se transmite un mensaje<sup>3</sup>.

Ciertamente, es por medio de esta positivización (formalización) que la sociedad, a través de los legisladores, se propone a establecer convenciones y a comunicar mensajes. En este sentido, la tesis de Norberto Bobbio (1995)<sup>4</sup> sobre la correspondencia entre normas y convención social se considera coherente, porque verdaderamente cuando identificamos el Derecho con las normas dictadas por el Estado, no damos una definición general de derecho, sino una definición obtenida a partir de una determinada situación histórica, “aquella en la que vivimos”.

En resumen, es posible decir que, para regular la conducta humana, el Derecho tiene como propósito fundamental, comunicar un orden de conducta, a través del cual prescribe lo que debe ser (lo que se permite) y lo

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. E notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27, 29.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

<sup>3</sup> SERRANO, Pablo Jiménez. *Curso de filosofía jurídica*. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2019.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. E notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27, 29

que no debe ser (lo que se prohíbe). De ahí la importancia de la Teoría de la Comunicación del Derecho, que será analizada a continuación.

## 1.2 TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

La Teoría Comunicacional del Derecho, propuesta por Gregorio Robles (2005), se sitúa en el marco de la filosofía del lenguaje, pero supone una interesante combinación entre el método analítico y el hermenéutico. Se dice de una Teoría del Derecho, que trata de las normas jurídicas como mensajes producidos por la autoridad competente y dirigidos a los miembros de la comunidad social. Si el fenómeno jurídico se expresa en el lenguaje, éste (el lenguaje) debe ser la única forma de estudiar y comprender los problemas jurídicos. Por ser precisamente un texto, la ley debe ser entendida, es decir, interpretada. En este sentido, el jurista debe preocuparse por la mejor manera de interpretar, argumentar y construir razonamientos jurídicos.

En esta perspectiva lingüística el Derecho sería un mero texto, es decir, una expresión del lenguaje escrito: el Derecho como lenguaje, como texto. Pues bien, desde esta perspectiva, el lenguaje juega un papel importante en la efectividad (concretización) del Derecho; pues, a través del lenguaje, el Derecho se hace objetivo y, de este modo, el jurista teórico y práctico, los agentes públicos, los políticos, los magistrados, etc. deben ser capaces de analizar, interpretar, integrar y juzgar sin preferencias política-ideológicas.

El lenguaje, ciertamente, juega un papel importante en la formación de la conciencia y el conocimiento. El hombre, como ser social, siente, escucha, analiza, juzga, afirma, niega, desea y comunica sus impresiones, pensamientos y semejantes. Así, el lenguaje facilita el paso de la contemplación, es decir, de la cognición sensorial al pensamiento generalizado y abstracto, y de allí al conocimiento concreto y objetivo.

El lenguaje es, por tanto, el instrumento común que utilizamos para comprender el nexo que existe entre el conocimiento subjetivo y el objetivo. El estudio del lenguaje, aunque sea breve, nos permitiría comprender mejor el nexo entre el pensamiento humano y la realidad representada por la producción intelectual. Se entiende por producción intelectual: la producción artística (poemas, narraciones, ensayos y obras literarias), filosófica, religión o científica donde, como acertadamente afirma Paul Ricoeur (1976)<sup>5</sup>, la escritura ocupa el lugar del habla.

Para Ricoeur (1976)<sup>6</sup>, la escritura no es sólo la fijación de un discurso oral previo, la inscripción de una lengua hablada, sino que es el pensamiento humano llevado directamente a la escritura sin la etapa intermedia de la lengua hablada. Es cierto que la racionalidad, el lenguaje, la descripción y el argumento pueden referirse a alguna realidad objetiva, así como a alguna teoría (crítica). Por tanto, a los efectos de nuestro estudio, estamos de acuerdo con la idea de que el conocimiento (subjetivo y objetivo) y el lenguaje están estrechamente vinculados.

Podemos operar con un conocimiento dado sólo cuando ha sido adoptado en forma de lenguaje. Así, a través del lenguaje (la palabra articulada), podemos expresar, es decir, representar los pensamientos y opiniones formados a partir de objetos, fenómenos e ideas. Así, el lenguaje aparece como un medio que vincula nuestra mente con el mundo.

Es obvio que, para tornar explícito nuestro conocimiento, es decir, para explicar una idea o teoría, debemos utilizar palabras (conceptos y categorías). Para comprender el significado de lo que se explica, investigamos e interpretamos el significado y alcance de la palabra, descendiendo de la idea expresada en lenguaje. Por lo tanto, todo hombre, en condiciones normales, es capaz de hablar, porque es capaz de comprender y dominar el significado de los signos, en aras de su intencionalmente. El hombre, haciendo uso del lenguaje, es capaz de conocer y reflejar la realidad a través del pensamiento. El (lenguaje) designa y expresa el pensamiento, este es el nexo entre el lenguaje y el saber.

<sup>5</sup> RICOEUR, Paul. *Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Lisboa: Edições 70, 1976, p. 40.

<sup>6</sup> Idem

Pero cualesquiera que sean las prerrogativas de la palabra hablada, su sentido y alcance se pierden; de ahí la necesidad de fijarlos, de expresarlo a través de la escritura. Es en este momento (proceso) que el pensamiento humano se lleva a la escritura, ocupando ésta el lugar de la palabra<sup>7</sup> y esto también sucede con el texto normativo.

Entre las grandes ventajas de la escritura podemos destacar su fijeza, su permanencia. Al fijar el pensamiento, su mensaje perdurar en el tiempo, pasando la escritura a ser la memoria de la humanidad.

En resumen, el estudio de la interconexión existente entre el lenguaje y el derecho podemos deducir lo siguiente:

*Primero:* El conocimiento jurídico se traduce como resultado de la actividad humana, es decir, como un conjunto de representaciones de la realidad jurídica, indispensable para la investigación y el desarrollo de la ciencia, pasando a ser dicho conocimiento la expresión de un sistema lingüístico (lenguaje jurídico).

*Segundo:* Existe una estrecha relación entre realidad, pensamiento y lenguaje, ya que las palabras (figuras jurídicas) reflejan las propiedades (cualidades, cantidades o valores) ya vistas en los fenómenos, las cosas y también en las decisiones y normas. Por lo tanto, sin una idea (objeto o cosa) que expresar, la palabra pierde su sentido, es vacía. Todo pensamiento permanece más o menos incompleto hasta que sea revestido de su expresión.

*Tercero:* El lenguaje jurídico es un instrumento de comunicación, es decir, un conjunto de signos destinados a expresar el pensamiento y a prescribir la conducta. Sin embargo, antes de comunicar y expresar un signo (prohibir o permitir), necesitamos de algo que significar, es decir, de un comportamiento, una política, una relación, etc. En este sentido, el lenguaje jurídico tiene como finalidad principal comunicar ideas organizativas, a través de órdenes o mandatos, que orientan la actuación de acuerdo con valores (conciencia social: jurídica y moral) e instruir a quienes leen, escucha y se interesa por la ciencia jurídica y por el orden normativo: sus reglas y dispositivos.

La finalidad del lenguaje, es decir, del discurso jurídico, a diferencia de otras ciencias, está conformada por una tipología específica, a saber: valorativa, descriptiva, prescriptiva. Así, por ejemplo, el lenguaje científico es esencialmente descriptivo y argumentativo (ejemplo: *A es B*, por *C*), es decir, su función es la descripción y defensa de una tesis. El juicio valorativo resulta del lenguaje evaluativo, es decir, se hace posible cuando se invocan valores (Si *A* es Justo, *A* es Bueno). El texto normativo, en cambio, se construye con recursos del lenguaje prescriptivo (Si *A* es Malo, debe prohibirse. Por lo tanto, *A* no será permitido o si *A*, debe ser *B*, pero si no *B*, entonces *C* – sanción).

Por este camino, el derecho y sus normas se transforman en un recurso simbólico debido a la necesidad de la escritura. Entonces, se observa que tanto las teorías como los códigos (leyes) existen como un sistema de signos, es decir, de símbolos, a través de los cuales se busca explicar, describir o prescribir un hecho o una conducta. Debido a este carácter dialéctico y simbólico, algunos autores hoy en día se esfuerzan por demostrar que el Derecho es un mero texto: el Derecho como Texto, considerando este texto como un dato, como el objeto principal de los estudios jurídicos. A seguir, surge el problema de comprensión de estos textos, razón por la cual la interpretación (hermenéutica) se coloca en primer plano, independientemente de que se considere que la teoría hermenéutica es defectuosa cuando sólo enfatiza la norma como objeto de interpretación, como lenguaje prescriptivo.

Y este es el sentido de la Teoría Comunicacional del Derecho, a través de la cual se propone una nueva lectura del derecho, tomando como tesis principal que el Derecho es un gran hecho comunicacional. Es, por tanto, una concepción que tiene en vista la perspectiva histórica, en un análisis longitudinal de la realidad. Como se ve, tal perspectiva teórica se sitúa en el marco de la filosofía del lenguaje, pero presupone una interesante combinación entre el método analítico y el hermenéutico. Se considera ésta una teoría que trata de las normas jurídicas como mensajes producidos por la autoridad competente y dirigidos a los miembros de la comunidad social<sup>8</sup>.

Ciertamente, a través de dispositivos el legislador comunica a sus destinatarios semejantes: un deber de ser, con el cual se pretende ordenar la conducta humana. Pero la afirmación de que, únicamente por la positivización de

<sup>7</sup> RICOEUR, Paul. *Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Lisboa: Edições 70, 1976, p. 40.

<sup>8</sup> ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Trad. de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

las normas, el que aplica la ley debe actuar siguiendo el mandato prescrito, es una utopía, es una falacia. Ocurre que, en la práctica, muy a menudo, el juez se sujeta a su propia “convicción” para hacer uso de la norma (principios y reglas) en la busca de una “justicia” aparente. Por tanto, es ilógico admitir que, si por un lado el derecho es texto, por otro también es acción, pues tales expresiones, como será analizado, son diferentes.

### 1.3 EL DERECHO COMO TEXTO

Los autores que consideran el Derecho como un texto insisten en la idea de que éste sea un mero sistema de comunicación. De esta forma, cualquier análisis del fenómeno jurídico debe realizarse a través del estudio del emisor, el mensaje, el medio y el receptor<sup>9</sup>.

La concepción en estudio considera que el Derecho se manifiesta necesariamente en forma de lenguaje: es lenguaje, es texto. Sin embargo, toda ley es un mensaje expresado en forma de texto y se espera, por tanto, superar la ya criticada “teoría normativa o pura del derecho”.

Según las enseñanzas de Gregorio Robles (2005)<sup>10</sup>, cada sistema jurídico es un texto generado por actos de habla, que llamamos decisiones jurídicas. Las decisiones generan texto en un proceso inacabado hasta que la orden, por el motivo que sea, desaparece. Según nuestro autor, las decisiones producen un texto verbalizado cuyas unidades elementales llamamos normas jurídicas. Estas normas jurídicas no son directamente provistas por las decisiones, sino que, de hecho, son el resultado de una reconstrucción hermenéutica que opera sobre la materia prima del orden. El conjunto de normas forma el ordenamiento jurídico, concepto paralelo al de sistema normativo.

Para Robles, las decisiones y normas se articulan en torno a unidades mayores que estas últimas, denominadas instituciones jurídicas. Estas reflejan el aspecto organizador del texto legal, que no puede entenderse como una mera agregación de normas. Puede verse allí que, según este argumento, la ley sigue siendo una norma prescriptiva de conducta. El aporte de la teoría radica en la necesidad de orientar la conducta humana a través de tales normas, de acuerdo con los valores presentes en la conciencia colectiva. Sin embargo, no desconsidera tantos otros dominios del Derecho.

Entre los argumentos propuestas por el autor podemos citar los siguientes<sup>11</sup>:

- a) la ley es texto: detrás del texto hay más cosas (como hombres, intereses, aspiraciones, ideas, bienes, conflictos, decisiones, poderes, sujeciones, vínculos, etc.);
- b) el fenómeno jurídico se nos presenta en forma de lenguaje. Así, la Ley es un gran hecho comunicacional;
- c) El derecho es un fenómeno de comunicación y no sólo un orden coercitivo de la conducta humana, un medio de control social o un ideal de justicia.

Así, podemos atribuir a este reduccionismo del autor la siguiente repercusión metodológica:

1. Aporte epistemológico: A través de la teoría de la comunicación, el Derecho se nos presenta como lenguaje; no como una ley pura, sino como material empírico (sistema impuro), objeto de investigación, que orienta la conducta de las personas de tal manera que establece los valores presentes en la conciencia colectiva.
2. Aporte metodológico: La teoría apunta al método hermenéutico-analítico como recurso necesario para el abordaje del derecho escrito. Por lo tanto, nos proporciona la base para nuevas formas (axiología) de interpretación y argumentación jurídica.

<sup>9</sup> Idem

<sup>10</sup> Idem, p. 1-2.

<sup>11</sup> ROBLES, Gregorio, op cit., 2005, p. 13, 19, 29.

En cuanto al aporte de la propuesta del autor, en definitiva, se puede decir que su teoría se limita a señalar la forma universal de presentación del derecho en la comunicación humana, que como tal puede servir de punto de partida para un abordaje teórico. La teoría no es incompatible con tesis ontológicas fuertes, como la que afirma que la ley es justa, o la que sostiene que es un hecho social.

En suma, la concepción del derecho como texto invita a seguir y observar las siguientes perspectivas para la ciencia, a saber:

- a) Pragmática, desde un punto de vista pragmático (pragmática jurídica), se propone estudiar los contextos que determinan los usos lingüísticos en determinados sistemas de comunicación, con el objetivo de comprender la relación entre sujeto (comunidad), signos (símbolos) y simbolizado (objeto);
- b) Semántica, desde un punto de vista semántico, se propone el estudio del significado de los conceptos (palabras o signos), que tiene como objetivo determinar el significado y alcance de una proposición conocida en un tiempo y espacio determinados;
- c) Sintáctica, desde el punto de vista sintáctico, se orienta la investigación sobre la relación existente entre los signos dados en un texto y el contexto.

Ahora bien, cuando reducimos el Derecho a un texto, asumimos únicamente como relevante, para la investigación y la práctica jurídica, el carácter lingüístico de esta importante área del conocimiento humano; y esto significa reducir todos los problemas y dimensiones jurídicas a un aspecto específico del orden normativo escrito: su texto. Esta, a su vez, es la mayor crítica que se le puede hacer aquí a la teoría comunicacional del derecho, en tanto implica ciertos inconvenientes y obstáculos para la realización de los derechos.

510

## 2 LOS LÍMITES DEL DERECHO PRESCRITO EN LEY: OBSTÁCULOS A LA CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

En este tópico se abordan los llamados límites del texto positivo; se trata de una noción que integra los llamados “pecados del positivismo”, que inciden en la interpretación y en la aplicación del derecho moderno.

Pues bien, la positivización de los derechos en general y de los derechos humanos, en particular, puede ser, en efecto, una condición de la concretización de los derechos fundamentales. Es, por medio de esta positivación que se objetivan, sistematizan y comunican tales derechos y garantías. Sin embargo, no todo derecho positivo (o positivado) se efectiva (o concretiza).

En primer lugar, es loable aceptar la idea de que todo texto, incluso antes de su integración y aplicación, necesita de una interpretación, proceso por medio del cual el agente (intérprete) trata de desentrañar el sentido y el alcance de la norma explícita. En segundo lugar, la realización de los derechos también depende de su aplicación que también es consecuencia de la voluntad: de la acción humana.

Y aquí surge un problema interesante: como acertadamente señala Carlos Maximiliano (1996)<sup>12</sup>, la interpretación puede tener como causas las dudas que surgen tras la promulgación de instrumentos jurídicos sobre la aplicación de disposiciones bien redactadas, pues sucede que el legislador ofrece preceptos abstractos, trazando los contornos exteriores del ordenamiento jurídico, entre los cuales el intérprete observa la relación (subsume) de la ley con el caso concreto.

Así, los problemas de interpretación, integración (aplicación) y la consecuente implementación de normas y derechos también están ligados al lenguaje y la lógica jurídica y, por ello, a la hora de interpretar se debe utilizar el

---

<sup>12</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 11

método exegético-analítico, con el cual se pretende captar el significado de las palabras utilizadas en el texto<sup>13</sup>.

En este sentido, el conocimiento del uso del lenguaje y de la lógica jurídica nos permite comprender correctamente el significado que, intencionalmente, se les atribuye a las palabras durante el proceso de redacción de la norma. Por lo tanto, el conocimiento del uso del lenguaje y la lógica jurídica es una herramienta fundamental que nos permite comprender los fundamentos sociológicos, económicos, filosóficos y valorativos del derecho hecho norma a la hora de realizar la labor de la aplicación de la ley<sup>14</sup>.

Pero ¿Cuáles son los obstáculos que enfrentamos en los procesos de interpretación, integración y concretización del derecho humanos fundamentales?

Aquí está nuestra respuesta:

Primeramente, es necesario trabajar con una noción (razón) de derechos humanos fundamentales:

Los derechos humanos y fundamentales tienen una razón social, son realmente un conjunto de derechos “socializantes”, es decir, derechos instrumentales (o funcionales), a través de los cuales se pretende la convivencia social. Así, podemos decir que los derechos humanos y fundamentales tienen como finalidad el reconocimiento de las condiciones necesarias para la realización social de todo y cualquier ser humano. Fácilmente podemos concluir que los derechos humanos y fundamentales tienen como núcleo la cooperación y la paz social. Este es su fundamento sociológico que los sitúa como instrumento necesario para la convivencia: la cooperación, la paz y la convivencia humana.

Por este motivo, nuestros esfuerzos deben centrarse en promover experiencias, instituciones y otras realidades culturales y naturales de la vida en común, en lugar de centrarse en indicadores de bienestar, que tienden a deformar la convivencia humana, transformándola en rivalidad y competitividad individual<sup>15</sup>.

En el transcurso de los procesos de promoción antes mencionados, nos encontramos con los siguientes problemas:

1. Los tecnicismos jurídicos, el desconocimiento o mal uso de las técnicas legislativas, por ejemplo: a) prohibiciones excesivas (normas prohibitivas); b) uso y abuso de conceptos abstractos (generalidad versus abstracción); c) lagunas legales, omisión involuntaria o voluntaria; d) falta de objetividad jurídica; e) conflicto y relación entre normas (falta de coherencia o validez normativa).
2. Ausencia de medios (o mecanismos) de implementación, problema derivado de: a) la omisión del Estado; b) la ineficacia de las políticas públicas y; c) la falta de ética pública.
3. La acción humana, problema derivado de: a) la ausencia de voluntad política y; b) la falta de conciencia social: jurídica y moral.

**Discusión:** Veamos, a continuación, una discusión acerca de la repercusión de tales obstáculos.

Los excesos de prohibiciones (normas prohibitivas) generan burocracia, informalidad y corrupción. Ciertamente, “la ley es imperativa (prohibitiva) para algunos y, por tanto, permisiva para otros. Cuando se obliga a un individuo al cumplimiento de una conducta determinada con respecto a otro u otros, la norma jurídica garantiza la conducta correspondiente de ese individuo”<sup>16</sup>.

Este problema se refiere a las prohibiciones establecidas en perjuicio de los derechos humanos. Así, por ejemplos:

<sup>13</sup> SERRANO, Pablo Jiménez. *Hermetica e interpretação jurídica*. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Sobre educação e juventude*: conversas com Ricardo Mazzeo. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 88.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 110.

- la prohibición de entrar y salir de un determinado Municipio, Estado o País.
- la prescripción de salarios desiguales para hombres y mujeres que desempeñen la misma función o trabajo.
- prohibiciones y límites impuestos a la iniciativa privada, al trabajo por cuenta propia, suministro, transporte, compra o permuta de bienes (vivienda), vehículos, etc.
- prohibiciones que no contribuyan para simplificar los procedimientos de apertura o registro de una empresa.
- prohibiciones que contribuyen para el aumento de la burocracia, restricciones a la libertad (obtención de financiación para las empresas).

En cuanto al uso de términos abstractos (conceptos), se destacan los conceptos de generalidad<sup>17</sup> versus abstractividad<sup>18</sup>. Se observa que:

**Defensa:** Además de ser general, afirma Vasconcelos (1978)<sup>19</sup> “la norma jurídica debe ser abstracta, es decir, debería prescribir en tesis. La generalidad y la abstracción serían medios esenciales, en la concepción del legislador, para garantizar la idoneidad de la ley, manteniéndola al margen de las disputas personales. El objetivo era asegurar la certeza del derecho, único valor que el positivismo supo distinguir”.

**Crítica:** El rasgo fundamental de la norma de derecho fundamental es su universalidad (alcanza a todos), que no es condición de abstracción, que además de eliminar, da lugar a disputas personales. Por tanto, una menor abstracción es condición para una mejor interpretación y consecuente concretización. Así, se debe evitar el uso de términos vagos y ambiguos, esos que dan lugar a la subjetividad: “lo cual debe ser corregido por quienes aplican la ley, porque en unos casos el legislador dice más y en otros menos”.

Asimismo, la búsqueda abusiva (excesiva) de nuevos conceptos priva a la ciencia de su seguridad y certeza y la degrada al trabajo manual. Tales excesos pueden ser considerados acientíficos, por mantener una lucha de vida o muerte con la ciencia. Entonces, aparece una multitud de autores, montañas de citas, invitando al científico a hacer literatura de segunda mano con tijeras. Esto sucedió en la época de los postglosadores y posteriormente, en el siglo XVII y en el siglo actual<sup>20</sup>.

También, como enseñaría Aristóteles (1999)<sup>21</sup>: no basta que la ciencia sea internamente coherente: también debe ser ciencia sobre la realidad. Así, no basta que parta de axiomas y tesis, desarrollándose deductivamente con rigor lógico. La definición nominal sólo indica una cosa, pero nada dice de su existencia. Afirmar la existencia sería entonces más que presentar una tesis, explorar el significado de una palabra: sería asumir una hipótesis. Por medio de hipótesis, cada ciencia afirma la existencia de ciertos objetos.

En cuanto a las lagunas normativas: omisión involuntaria o voluntaria (ausencia de norma), se debe distinguir entre vacíos de ordenamiento jurídico, falta de derecho y vacíos de derecho, deficiencia de derecho, falta de norma aplicable o norma al caso concreto, problema que inspiró la regla hermenéutica contenida en el Decreto-Ley No. 4. “Cuando la ley sea omisa, el juez decidirá el caso según la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho”.

En cuanto a la ausencia de medios (o mecanismos) de implementación, podemos referirnos a las políticas públicas y las (ineficientes) acciones afirmativas, problema del cual surgen las siguientes preguntas: a) ¿Cuál es el papel o función del Estado? b) ¿Intervencionismo o no intervencionismo?

El primer caso, la intervención (estatismo), de hecho, se refiere a una injerencia. En un segundo momento, la no intervención (liberalismo) representa menor injerencia. Entonces, ¿cómo idealizar una interferencia moderada?

En cuanto a la acción humana: voluntad y conciencia, a efectos del presente estudio se afirma que la mayor

<sup>17</sup> La norma es general, porque su precepto se dirige indiscriminadamente a todos. Especificando mejor: a todos, segundo a igualdad de situaciones.

<sup>18</sup> De difícil comprensión, termino impreciso, oscuro.

<sup>19</sup> VASCONCELOS Arnaldo. *Teoría da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 182.

<sup>20</sup> IHERING, Rudolf von. *É o direito uma ciência?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005, p. 57-58.

<sup>21</sup> ARISTÓTELES. *Poética, Organon, Política e Constituição de Atena*. In Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1999, p. 19.

dificultad que se encuentra es la falta de compromiso con la realización de los Derechos humanos fundamentales, consecuencia de la falta de voluntad política y de la ausencia de interés por parte de las instituciones estatales y sociales.

Asimismo, la falta de *ética pública* imposibilita la implementación de estos derechos, cuya aplicación muy a menudo “involucra grandes intereses económicos y políticos”<sup>22</sup>.

Esto se hace evidente en la definición misma de los derechos humanos: Los derechos humanos son aquellos cuyo reconocimiento es una condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana, o para el desarrollo de la civilización. La mayor dificultad son los términos valorativos interpretados de forma diferente según la ideología asumida por el intérprete. Pero las contradicciones nacen cuando se pasa de la teorización y la enunciación verbal a la aplicación práctica<sup>23</sup>.

Dado que el derecho también se considera una ciencia de la acción, es importante prestar atención a la relación entre los enunciados (enunciación) y la concretización. Entonces, por ejemplo, si es *A*, debe ser *B*, y si quieres *B*, haga *C*.

### 3 CONCRETIZACIÓN DE LA NORMA FUNDAMENTAL: DEL TEXTO A LA ACCIÓN

En este último tópico, nos ocuparemos de la hipótesis de trabajo número 2: En el mismo sentido, ningún derecho se materializa por sí mismo. Porque, como se verá, no basta que la ley exista, es importante la acción humana, que ciertamente es movida por la voluntad y la conciencia.

Como vimos, el conocimiento jurídico se objetiva a través del habla o la escritura. Siendo objetivado, este conocimiento se torna accesible a todos. Es en el discurso donde utilizamos construcciones lingüísticas simbólicas (signos) que nos ayudan a objetivar nuestras ideas y concepciones. Usamos signos para representar objetos y explicar fenómenos. Así, las palabras emergen como signos sensibles y necesarios de la comunicación jurídica. El aspecto material de la palabra (sonido, escritura) se llama signo por medio del cual designamos los objetos, es decir, toda cosa o toda representación, de la que somos conscientes. Es a través de la combinación de palabras que objetivamos nuestro pensamiento.

Así, “una palabra, dice Paul Ricoeur (1976)<sup>24</sup>, por sí misma no es ni verdadera ni falsa, aunque una combinación de palabras puede significar algo y, sin embargo, no se apodera de nada. El soporte de esta paradoja es, una vez más, la oración y no la palabra”.

Las palabras que constituyen el lenguaje son términos que resultan de una razón y una necesidad, porque, a través de las palabras, representamos las ideas que nos formamos sobre ciertas cosas o fenómenos; así, por ejemplo, las palabras: imaginar, comprender, concebir, instalar, gustar, confundir, tranquilidad, etc. están tomadas de operaciones sobre cosas sensibles y aplicadas a ciertos modos de pensar. En este sentido, Leibniz consideraba que:

siendo las palabras usadas por los hombres para ser signos de sus ideas, podemos preguntarnos primero cómo estas palabras recibieron un significado definido. Ahora bien, tenemos que convenir que esto sucede, no por algún nexo natural que existiría entre ciertos sonidos articulados y ciertas ideas (pues en ese caso sólo habría una lengua entre los hombres), sino en virtud de una convención arbitraria, por razón por la cual cierta palabra se convirtió en el signo de cierta idea<sup>25</sup>.

Durante el proceso de análisis y resolución de problemas jurídicos, buscamos establecer relaciones entre fenómenos, a través de palabras, términos o denominaciones. Así, con palabras representamos situaciones y relaciones

<sup>22</sup> DIMOULIS, Dimitri; Martins, Lenardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Rt, 2011, p. 55.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

<sup>24</sup> RICOEUR, Paul, op cit., 1976, p. 13.

<sup>25</sup> LEIBNIZ Gottfried, Wilhelm. *Novos Ensaio Sobre o Entendimento Humano*. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultura. 1996, p. 267.

jurídicas, ya sean voluntarias o involuntarias, por ejemplo: “contrato” – “matrimonio” – “muerte” – “nacimiento”, en estas secuencias y términos se concluye que “muerte” y “el nacimiento” son “hechos jurídicos” y “contrato” y “matrimonio” son más que simples hechos, son actos jurídicos. El significado de tales constructos viene dado por la definición aceptada en la doctrina construida sobre la ciencia misma. Tales recursos lingüísticos sirven para relacionar unidades de observación con variables, o estas últimas entre sí. Así, el contrato es una relación jurídica que, con carácter de equidad, vincula a dos o más personas. He aquí una definición que se deriva de la relación entre los constructos: contrato, relación jurídica, patrimonio.

Pues, por medio de palabras o términos designamos las propiedades, cualidad, cantidades de personas, fenómenos y cosas. Tal designación ayuda en la formación de las ideas que tenemos del mundo que nos rodea, es decir, en la distinción de personas: jóvenes, viejos, altos, calvos, inteligentes, delgados, etc. y cosas: dulces, saladas, negras, etc. En el caso específico del Derecho, utilizamos denominaciones para indicar un aspecto más concreto (campo de acción) del concepto: ejemplos: Derecho – Derecho Civil, Norma – Norma Jurídica, Relación – Relación Jurídica, Contrato – Contrato de Trabajo.

Así, el lenguaje facilita el paso de la regla del pensamiento a la regla escrita, convirtiendo la escritura en un verdadero dato, un instrumento para realizar la “voluntad” del legislador que debe representar la voluntad de la sociedad. Sin embargo, el lenguaje es el instrumento de concreción de la Ciencia del Derecho, y aquí nace la idea del discurso escrito como interesante perspectiva del Derecho. En este sentido, la escritura traduce el pensamiento del jurista teórico (doctrinador) del jurista práctico (operador del derecho: legislador, juez, abogado, fiscal, etc.)

La escritura es entendida como producción intelectual y normativa. Es el recurso a través del cual pasamos del habla oral al escrito, a veces apoyado en tipos de lenguaje, a saber, explicativo (descriptivo) o prescriptivo. Lo cierto es que la escritura simboliza la realidad objetiva que se explica o prescribe, como ocurre con las teorías y el orden normativo. Entre las grandes ventajas de la escritura (ley escrita) está la fijación del pensamiento que busca acercarse al bien jurídico. De ahí la importancia atribuida a la Teoría Hermenéutica ya la Práctica de la Argumentación Jurídica. Temas: Discurso jurídico. Argumentación y razonamiento. Persuasión y Verdades Jurídicas<sup>26</sup>.

El reduccionismo lógico sitúa el derecho como resultado de operaciones lógicas. El conocimiento del uso del lenguaje y de la lógica jurídica permitiría una correcta comprensión del sentido que se le da a la redacción de la norma. Igualmente, el conocimiento del uso del lenguaje y la lógica jurídica es una herramienta fundamental que nos permite argumentar una sentencia, fundamentar adecuadamente un informe y realizar toda la labor de aplicación de la ley.

La lógica formal es, como puede verse, el estudio de las estructuras formales del conocimiento, o del “pensamiento sin contenido”, es decir, de los signos y formas expresivas del pensamiento, en su consecuencia esencial. En el campo de la Lógica de las Formas, lo que importa es la consecuencia rigurosa de las proposiciones entre sí, y no la adecuación de sus enunciados con los objetos a los que se refieren<sup>27</sup>.

Ciertamente, el Derecho, siendo una ciencia, tiene también su Lógica. Hay una Lógica Jurídica o una Lógica del Derecho, que evidentemente trabaja con categorías ideales, ya que toda Lógica sólo funciona por objetos ideales. Esto no quiere decir, sin embargo, que la Ciencia Jurídica sea toda reducible a una Lógica o sólo concebible según estructuras lógico-formales. La lógica condiciona todo conocimiento científico, pero no agota este condicionamiento. Los juristas contemporáneos acaban por reducir el Derecho a una ciencia puramente ideal. Así, por ejemplo, para algunos seguidores de Hans Kelsen la Ciencia del Derecho es una ciencia cuyo objeto son las normas, entendidas como puros juicios lógicos y objetos ideales. Esta tesis, que estaba contenida en la formulación original de la llamada “Teoría Pura del Derecho”, se presenta con muchas ramificaciones, en varios países, incluyendo América Latina y Brasil. Pero, posteriormente, Kelsen llegó a reconocer que la norma jurídica no es un mero ente lógico y que la

---

<sup>26</sup> SERRANO, Pablo Jiménez. *Práticas da argumentação jurídica: técnicas do raciocínio e da persuasão judicial*. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017.

<sup>27</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

cuestión central de toda teoría del derecho no es un problema de lógica<sup>28</sup>.

Como no siempre hay una demarcación clara entre el texto y la concretización, es interesante responder a las siguientes preguntas: a) ¿Qué es la concretización? (Sentido); b) ¿Quién o quiénes son responsables por concretizar los derechos humanos? (Responsabilidad del Estado o Responsabilidad Social); c) ¿Quién o quiénes son responsables de controlar esa concretización? (Quién es nuestro defensor del pueblo); d) ¿Qué concretizar? (Derechos realizables: constitutivos de las dimensiones de los derechos humanos y fundamentales); e) ¿Cómo concretizar? (Mecanismos de implementación); f) ¿Por qué concretizar? (Funcionalismo y Perspectivas de los Derechos Humanos y Fundamentales).

**a) ¿Qué es concretización?** Los derechos humanos fundamentales pueden y deben efectivarse o realizarse, porque de nada sirve el reconocimiento histórico y legal de estos derechos si no son realizables. Pero ¿qué entendemos por concretización?

Por “concretización” entendemos la realización de los derechos ya consagrados en la legislación nacional e internacional. Por lo tanto, es importante volver la mirada a la eficacia de la ley en lugar de mirar a su carácter formal.

Definimos concretización como el estado, condición y efecto que permite que un derecho se torne real o posible para su implementación o realización. Ciertamente, de nada vale un “Derecho sin derechos realizables”, es decir, un derecho positivo, pero no disfrutable y alejado de la realidad.

Una cosa es proclamar estos derechos, otra disfrutarlos efectivamente, y hay una diferencia entre el derecho reclamado y el derecho reconocido y protegido<sup>29</sup>. De ahí la lucha por la realización efectiva de los Derechos Humanos y Fundamentales.

**b) ¿Quién o quiénes son responsables por la concretización?** Como explica Alexy (1998a)<sup>30</sup>, la realización de los derechos humanos requiere la necesidad de un estado constitucional democrático. Por un lado, los derechos fundamentales son derechos frente al Estado; por otra parte, los derechos humanos son también derechos frente a otros seres humanos. Por tanto, la implementación tiene como condición práctica el diálogo entre los objetivos del Estado (incorporados en las normas jurídicas generales y abstractas) y los de los ciudadanos (nexo materializado en los textos legales).

**c) ¿Quién o quiénes son responsables de controlar?** ¿Quién es nuestro defensor del pueblo? Si, por un lado, los derechos fundamentales son derechos frente al Estado; por otro, también son derechos frente a los demás seres humanos, no basta la mera incorporación de los derechos fundamentales en una Constitución. La cuestión decisiva es quién debe vigilar la observancia de los derechos fundamentales. Hay dos respuestas fundamentales: el proceso democrático (1) o un tribunal constitucional (2).

(1) El legislador debe ser controlado exclusivamente a través del proceso democrático, por lo tanto, es importante un estado de derecho democrático.

(2) Un tribunal constitucional debe ser el controlador, por lo que importa el estado constitucional democrático.

Pero la relación entre el Estado democrático y el Estado democrático de derecho no es una alternativa restringida, sino una complementación, pues ambas son condiciones necesarias para la institucionalización de los derechos humanos, pero son insuficientes. Deben complementarse con la jurisdicción constitucional de cara a un estado constitucional democrático. El estado democrático de derecho no es más que la unión del estado formal de derecho con la democracia, a través de la cual se garantizan la autonomía y la

<sup>28</sup> Idem, p. 185.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*. Traducción: María Cecilia Añaños Meza. Revisión Rodolfo Arango. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998<sup>a</sup>.

corrección<sup>31</sup>.

**d) ¿Qué concretizar?** Todos los derechos históricos, presentes y futuros, consagrados y expresados en las llamadas dimensiones, pueden y deben ser progresivamente realizados. Derechos incluidos en las dimensiones presente y futuro, todos ellos relacionados con la Convivencia Social que se sabe condicionada.

**e) ¿Cómo concretizar?** (Mecanismos de implementación) ¿Cuáles son los mecanismos (M = medios) de implementación?

a) Un sistema democrático (democracia) y;

b) Principio rector: Convivencia condicionada.

El derecho a participar en el proceso de formación de la voluntad estatal es un derecho humano. Este derecho humano, en forma de derechos políticos fundamentales, comprende la libertad de opinión y reunión, de asociación y de prensa, e incluso el derecho al sufragio general directo. Un segundo argumento se refiere a la corrección de la legislación. Por lo tanto, las leyes que violan los derechos humanos son leyes incorrectas. Por lo tanto, el concepto de corrección conecta el concepto de derechos humanos con el de democracia. La democracia sería así la garantía perfecta de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Se eliminaría toda tensión entre los derechos fundamentales y la democracia. Los derechos fundamentales y la democracia se conciliarían sin reservas.

La concreción del derecho requiere de políticas públicas que deben provenir del Estado (Poderes Públicos) y también de la actuación de los diversos componentes de la sociedad: personas naturales (solidaridad) y personas jurídicas (ciudadanía organizacional y empresarial), bajo los principios de ciudadanía plena, de cooperación y de solidaridad.

Tales principios apuntan a la responsabilidad: la convivencia social justa. Pues bien, los derechos humanos son derechos de individuos y grupos, reconocidos como tales en tratados y declaraciones internacionales, que forman parte del derecho internacional consuetudinario. Así, los derechos humanos son considerados como un conjunto de derechos y garantías, cuyo reconocimiento hará posible la dignidad humana, indispensable para una convivencia social justa, próspera, pacífica y libre de agresiones y abusos provenientes, no sólo de los Estados, sino también de también de la conducta inmoral e ilícita de los conciudadanos<sup>32</sup>. Así, se verifica la siguiente relación:

Cooperación



Responsabilidad: mancomunada y solidaria



De los Poderes del Estado, de los agentes económicos, de las instituciones sociales (esto es, primero, segundo y tercer sector) y de los ciudadanos

**f) ¿Por qué concretizar?** la respuesta reservada a esta pregunta requiere el estudio de la función jurídica, a través de la cual se resume en las perspectivas de los derechos humanos y fundamentales. Por un problema de espacio, en futuros ensayos se abordará el funcionalismo en esta área del conocimiento humano.

#### 4 CONCLUSIÓN

<sup>31</sup> ALEXI, Robert, op cit., 1998a

<sup>32</sup> HUMAN RIGHTS. In: Max Planck Encyclopedia of International Law. Londres: Oxford University Press, 2014.

Nadie puede afirmar seriamente que la concretización de los derechos humanos fundamentales dependa única y exclusivamente de su positivización.

Existen al menos seis obstáculos para la concretización (aplicación y realización) de los derechos, a saber: a) la imprecisión del lenguaje de la Ley; b) la posibilidad de conflictos entre normas; c) la posibilidad de que existan casos que requieran regulación legal; d) la posibilidad, en casos especiales, de decisión contraria a la literalidad de la norma"; e) ausencia de medios o mecanismos de implementación; f) falta de voluntad, conciencia y acción.

Los derechos humanos fundamentales son derechos morales universales; por eso, son derechos de todos y necesarios a la dignidad humana: derechos y oportunidades. De esto resulta que somos iguales en dignidad, pero no en actitudes. Por lo tanto, la afirmación de que los derechos humanos son inútiles por que subsisten las desigualdades y la pobreza es ilusoria.

En la práctica, en todas las sociedades existen desigualdades, generadas por las diferencias en actitudes, oportunidades, distribución económica, burocracia, injerencia económica, privilegios, influencias, control, poder, etc.

No existe una sociedad igualitaria en el mundo. Por tanto, la discusión sobre la eliminación de las libertades como premisa para eliminar la división de la sociedad en clases y la desigualdad es inútil y fantasiosa, pues sólo perpetua la negación de los derechos humanos y fundamentales.

La eliminación de los males sociales: la pobreza y las desigualdades sólo es posible a través de la promoción de los derechos humanos en todas sus dimensiones, condición para la inclusión, la ciudadanía plena y la igualdad de oportunidades.

Esta promoción es responsabilidad de todos: Estado, Sociedad, es decir, atinente al sector público y privado, pero supone la edificación de la conciencia y la superar del egoísmo.

La riqueza obtenida a través del trabajo y de la contribución social, no debe ser objeto de preocupación, ni de desestímulo. Lo que debe ser desestimado y perseguidos jurídicamente son los actos que generan la riqueza ilícita e inhumana: la criminalidad y la corrupción y que, consecuentemente, también conspiran contra la concretización de los derechos humanos fundamentales.

Todos somos iguales en derechos y también en deberes, por tanto, todos somos actores, gerentes y responsables por el reconocimiento y la implementación (concretización) de los derechos humanos fundamentales.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; rev. e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Traducción: María Cecilia Añaños Meza. Revisión Rodolfo Arango. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998a.

ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. 2. ed. México: Fontamara, 1998b.

ARISTÓTELES. **Poética, Organon, Política e Constituição de Atena**. In Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Sobre educação e juventude**: conversas com Ricardo Mazzeo. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad. E notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DIMOULIS, Dimitri; Martins, Lenardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Rt, 2011.

IHERING, Rudolf von. **É o direito uma ciência?** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEIBNIZ Gottfried, Wilhelm. **Novos Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultura. 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação**. Lisboa: Edições 70, 1976.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Práticas da argumentação jurídica: técnicas do raciocínio e da persuasão judicial**. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017.

518 SERRANO, Pablo Jiménez. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Curso de filosofia jurídica**. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2019.

VASCONCELOS Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

*Recebido em: 04/06/2023*

*Aceito em: 09/08/2023*

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, in **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, XLVIII, 1994, pp.411–430.

Recebido em:

Aceito em: