

## La fundamentación de los derechos humanos en la doctrina española actual

### LOS DERECHOS HUMANOS Y SU FUNDAMENTACIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA ACTUAL

Después de la segunda guerra mundial el ambiente doctrinal era favorable a la reconsideración de los derechos humanos<sup>1</sup> ya que

1 Con el ánimo de abordar esta temática desde una perspectiva objetiva, dejamos de lado la controversia suscitada por los partidarios de la terminología *derechos fundamentales* frente a aquellos otros que optan por la de *derechos humanos*, u otros que prefieren «derechos fundamentales del hombre», «derechos naturales», «derechos públicos subjetivos», «libertades fundamentales», «garantías individuales», etc. Todos los derechos son humanos. Sin embargo, esta terminología se ha empleado desde hace algún tiempo y se sigue empleando hoy con un sentido específico, con relación a determinados derechos. Podría decirse que hay un grupo de derechos, diferenciados de los demás y que son humanos por antonomasia. Con todo, ya conocemos que los términos jurídicos son frecuentemente imprecisos y susceptibles de acepciones variadas. Ello es una de las principales causas de las controversias doctrinales y de las confusiones que enmarañan siempre la ciencia del derecho (este problema de la ambigüedad de la expresión «derechos humanos» aparece acertadamente planteado por A. E. Pérez Luño, que se ocupa de un análisis lingüístico de la misma; cf. *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pp. 13 ss., y cf. *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 2.ª ed., Tecnos, 1986, pp. 21 ss.).

al finalizar la contienda bélica se había creado el clima propicio para replantear este tema y ofrecer nuevas perspectivas y mejores garantías jurídicas. Se produce una superación del positivismo jurídico y se destaca la restauración del iusnaturalismo clásico y la exaltación de los valores de la persona humana. La internacionalización constituirá un proceso específico de nuestro siglo con el que se rompa el principio exclusivo de soberanía nacional y se abra la vía de la cooperación interestatal para la promulgación y garantía de los derechos en la esfera del Derecho internacional. Tras los acontecimientos bélicos, las declaraciones internacionales se interesarán por acoger el derecho humanitario así como por la protección de los derechos individuales y colectivos violados masivamente en aquellos períodos<sup>2</sup>.

Como señala B. de Castro Cid, en esta fase de la evolución de los derechos humanos existe una especie de substrato ético común que actúa como factor aglutinante y fundamentador de las diversas declaraciones supranacionales. Su núcleo es la afirmación y defensa de la dignidad de la persona humana y el reconocimiento de una gama de exigencias radicales e insobornables que esa dignidad proyecta sobre el sistema de relaciones sociales. Se trata de una plataforma que hunde sus raíces en subsuelos ideológicos tan diversos como el iusnaturalismo religioso o racionalista, el liberalismo, el socialismo utópico o el marxismo, dando lugar a un humanismo flexible, de convergencia plural, suprapositivo, cuya idea es la de que el hombre ha de ser el principio orientador de la organización social

Nosotros utilizaremos indiscriminadamente una y otra denominación (si tuviéramos que elegir optaríamos por la de *derechos humanos* porque es omnicomprendensiva y, por tanto, neutra a cualquier intento de manipulación), ya que no es la formulación lingüística la que nos preocupa sino el contenido, lo que realmente se expresa con esa denominación.

2 Como ejemplos de estas declaraciones internacionales pueden citarse la *Declaración Universal* formulada por las Naciones Unidas en 1948; el *Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos* y el *Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales*, ambos de 1966; a nivel regional europeo, puede destacarse la *Convención Europea para la salvaguardia de los derechos del hombre*, del Consejo de Europa, de 1950; y la *Carta Social Europea*, de 1961.

y de las declaraciones de derechos. Por todo ello, señala que la concepción de los derechos humanos predominante en la actualidad podrá reflejar al mismo tiempo, en lo que se refiere al problema de su fundamentación teórica, dos criterios contrapuestos en principio: la idea de su carácter innato y suprapositivo, propia de la visión iusnaturalista, y la exigencia de reconocimiento formal y de la protección jurisdiccional, característica del enfoque positivista<sup>3</sup>.

Aún a riesgo de esquematizar en demasía y, siguiendo a I. Ara Pinilla, podríamos distinguir tres etapas fundamentales en la evolución de los derechos humanos desde sus orígenes hasta nuestros días: los derechos humanos prerrevolucionarios (prehistoria de los derechos humanos), los derechos humanos del Constitucionalismo liberal (los derechos humanos de la primera generación) y, por último, los del Constitucionalismo social (derechos humanos de la segunda generación). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la escena social ha irrumpido una nueva generación de derechos humanos cuya naturaleza y cuyo significado social resultan un tanto controvertidos.

Fruto del desencanto provocado por la crisis del Estado social se trata de sustituir la utopía socialista por la defensa del individuo frente al sistema establecido buscando una nueva concepción democrática, obviando las dificultades que puedan rodear a la democracia representativa. De poco sirve al respecto intentar ocultar la actualidad de estos derechos humanos alegando que no vienen reconocidos en ninguna disposición jurídica de derecho positivo si, en definitiva, éstos parecen traducir la existencia de un consenso acerca de determinadas exigencias que se consideran inherentes a la propia condición humana. Las reivindicaciones ecológicas, marginales, pacifistas, etc., muestran la existencia de un cambio de sentido en el sistema de valores vigente en el mundo occidental, a lo que hay que unir la

3 Cf. *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, 1982, pp. 28-29. Vid. también *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1993.

revolución tecnológica que se está desarrollando en nuestros días, lo que inevitablemente comporta una nueva forma de entender los derechos humanos <sup>4</sup>. Resulta inevitable que todos estos factores repercutan en los derechos de la tercera generación, bien sea en los denominados derechos difusos <sup>5</sup> (entre los que podría incluirse el derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos o el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad), bien sea en los derechos cotidianos <sup>6</sup>. De ahí que lo que queramos resaltar sea el hecho de que se ha produci-

4 Cf. I. Ara Pinilla, *Las transformaciones de los Derechos Humanos*, Tecnos, 1990, pp. 112-129.

Baste, por ejemplo, analizar la transformación del derecho a la intimidad, que de ser un derecho con matices conservadores en la medida en que tendía a impedir que el Estado redistribuidor pudiera cumplir con la función igualitaria que le correspondía, ha pasado a configurarse como un elemento de progreso en la medida en que dota al individuo de ámbitos de desarrollo personal sustrayendo información al Poder.

5 Se trata de nuevos derechos que no corresponden a la noción de derechos del hombre tal y como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar, como nación, pueblo, sociedad o comunidad internacional. Los problemas que básicamente originan son los de la indeterminación de su titular, de su objeto y de su protección jurídica.

6 Estos derechos, partiendo de necesidades concretas, continuamente redefinidas, vienen a manifestar una especie de derechos personalizados, expresando que los ciudadanos (que no solamente no son objeto de disposiciones sino interlocutores; que no se limitan a pedir sino que elaboran propuestas) son precisamente, en lo cotidiano, portadores de derechos (cf. *ibid.*, p. 138).

Por todo ello, la extensión de los derechos humanos hasta abarcar los derechos de la tercera generación plantea serias dificultades en lo relativo a la fuerza de su exigencia, a su utilidad para la teoría jurídica y, en definitiva, a la certidumbre con relación a su naturaleza. Aunque los derechos humanos de la tercera generación comporten siempre obligaciones de hacer (como, por ejemplo, poner los medios necesarios para posibilitar el desarrollo humano) o de abstenerse de hacer (como, por ejemplo, abstenerse de realizar actuaciones que puedan suponer una agresión al medio ambiente) no impide que el problema acerca de su naturaleza jurídica pueda resolverse en la estructura de los derechos subjetivos (cf. *ibid.*). *Vid.* también 'Los Derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática', J. Muguerza y otros autores, en *El fundamento de los Derechos Humanos*, ed. preparada por G. Peces-Barba Martínez, Madrid, Colección Universitaria, Ed. Debate, 1989, pp. 57-65.

do una relevante sensibilidad acerca de la insatisfacción que producen los niveles alcanzados por los derechos civiles y políticos y por los derechos sociales, económicos y culturales y de la urgencia de reconocer como auténticos derechos determinadas exigencias que suelen vincularse al valor que representa la solidaridad.

En las páginas que siguen no pretendemos determinar la concepción<sup>7</sup> más acertada acerca de los derechos fundamentales, ni cuál

7 A modo de ejemplo, recordamos aquí la opinión al respecto de algunos de los estudiosos que se han ocupado de esta temática traspasando la simple definición tautológica: los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre.

G. Peces-Barba Martínez llega a una posibilidad de definición de los derechos subjetivos fundamentales (conjunción de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación en un derecho positivo vigente que enuncia así: «Facultad que la norma atribuye de protección en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción» (*Derechos Fundamentales*, 4.ª ed., Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1986, p. 66).

Para A. E. Pérez Luño «son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional» (cf. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2.ª ed., Tecnos, 1986, p. 48).

Para E. Fernández, responden «a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana» (cf. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, 1984, p. 107).

J. Ballesteros y J. de Lucas consideran que encarnan «aquellas exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad que hacen de cada hombre un hombre» (cf. 'Sobre los límites del principio de disidencia', en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., p. 88). Vid. también de J. Ballesteros (editor), *Derechos Humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992.

Para A. Fernández Galiano son derechos fundamentales aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana. Consecuencia inmediata de lo anterior es que tales derechos son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su edad, condición, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo

sea la fundamentación más conveniente<sup>8</sup>, ni tampoco resolver el problema del fundamento de los derechos humanos<sup>9</sup>, sino que nos limitaremos a ofrecer una rápida panorámica del rico acervo de teorías que existen en la doctrina española actual acerca de la fundamentación de los derechos humanos. La pluralidad que se aprecia en esta temática<sup>10</sup> constituye un foco pluralista enriquecedor del campo filo-

de circunstancia discriminatoria (cf. *Lecciones de Teoría del derecho y Derecho Natural*, 2.ª ed., Madrid, Edit. Universitas, S. A., 1995, p. 409).

8 «El fundamento responde al *por qué* de los derechos humanos y se sitúa principalmente en el primer rasgo señalado, la pretensión moral justificada; y el concepto, en una visión dinámica y no solamente estática, aunque la presuponga, responde al *para qué* de los derechos humanos, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa pretensión moral en el Derecho positivo» (G. Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*, Madrid, Eudema Universidad, p. 90).

En este sentido, lo que defiende G. Peces-Barba y también L. Prieto Sanchís es la conveniencia de afrontar conjuntamente el problema del fundamento y el del concepto de los derechos humanos. Ciertamente, tratar acerca de un tema conduce, inevitablemente al otro y viceversa: el concepto depende del fundamento y la fundamentación del concepto.

9 En este trabajo no analizamos las formulaciones positivas de los derechos fundamentales —textos internacionales o constitucionales— ni tampoco jurisprudencia. Únicamente intentamos indagar filosóficamente en los fundamentos de los derechos humanos (Vid. AA.VV., *Los fundamentos de los derechos humanos*, Serbal, Unesco, 1985).

10 En el tema de la fundamentación de los derechos humanos se barajan numerosas distinciones tipológicas de estas fundamentaciones. Así, J. Rodríguez-Toubes Muñiz diferencia entre fundamentaciones morales y no morales, según acudan o no a un orden normativo no convencional como fuente de los derechos humanos, y luego divide las fundamentaciones morales en sustantivas y formales, según hagan o no de unos principios el meollo de su argumentación (señala que G. Peces-Barba constituye el exponente de la fundamentación positivista). En la fundamentación moral formal distingue la línea en la que la fundamentación de las normas remite a un discurso o diálogo moral de unas características especiales (como en el caso de K. O. Apel y J. Habermas, cuya idea consensual ha sido recogida por A. E. Pérez Luño), en la línea «lógico-práctica» sitúa a A. Gewirth; y, en la línea del constructivismo, a C. S. Nino. Por último, en la fundamentación moral sustantiva diferencia tres apartados: el primero, el del iusnaturalismo entendido como una doctrina que sitúa el fundamento de los *derechos naturales* y del propio Derecho objetivo en un orden normativo sustantivo (como hace J. Finnis); el segundo apartado es el de la «fundamentación axiológica», integrada por aquellos enfoques de fundamentación que sin ser propiamente iusnaturalistas en el sentido anterior, también reconocen un

sófico-jurídico que no podemos desaprovechar los ius-filósofos. No son pocas las teorías que han experimentado alguna mutación en su formulación, lo que pone de manifiesto una vez más la afirmación de la verdadera concepción de la filosofía: amor a la sabiduría, sin cerrar nunca las puertas a la investigación, reflexión y profundización de los planteamientos. Si esto deriva en un cambio de la doctrina formulada anteriormente, no hay miedo a ofrecer la teoría revisada. Consideramos que estos y otros planteamientos están abiertos a sucesivas y progresivas modificaciones en función del carácter dinámico que caracteriza a la filosofía jurídica y que todo investigador debe poseer.

Ya relataba Maritain en su introducción a un volumen colectivo sobre los derechos del hombre, editado por la UNESCO que, en el seno de una Comisión de este organismo, alguien se admiró de la

orden normativo suprajurídico sustantivo, el cual normalmente basan en un principio fundamental (como considera que hacen E. Fernández y R. Dworkin entre otros); el tercer apartado lo refiere al utilitarismo, basado en la admisión de un principio sustantivo fundamental y fundante distintivo: el principio de utilidad (como M. Farrell, R. Hare y J. Griffin, entre otros). J. Rodríguez-Toubes Muñiz, estudiando las posibilidades de rebatir a un escéptico que niegue fuerza normativa a las convicciones intuitivas propone como mejor estrategia combinar la fundamentación pragmática del principio de universalización con la identificación constructivista de unos principios morales que dan lugar a derechos (cf. *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 11-17).

Por su parte, A. Cortina Orts, partiendo de la pragmática formal, que se prolongará en un *personalismo procedimental*, llega a caracterizar los derechos con las siguientes cualidades: 1. se trataría de derechos *universales*, porque se adscriben a todo hablante competente. A partir de ellos los afectados irán fijando los restantes derechos de un modo histórico y contextual, teniendo en cuenta la conciencia colectiva y las posibilidades materiales y culturales a la hora de decidir mediante diálogos y consensos fácticos en qué concuerdan; 2. serían derechos *absolutos*; 3. serían derechos *innegociables*; 4. serían derechos *inalienables*; 5. el status de tales «derechos», aún antes de su deseable positividad, sería efectivamente el de *derechos*, en la medida en que, al ser condiciones de racionalidad del *factum* del lenguaje, los hablantes competentes están autorizados por la racionalidad misma a ejercerlos y a exigir su protección a los organismos correspondientes. Por tanto, no serían meras aspiraciones, sino *exigencias racionales* que, por su lógica interna, exigen ser positivadas para gozar de protección jurídica (cf. 'Pragmática formal y Derechos Humanos', en *El fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., p. 132).

facilidad con la que miembros de ideologías radicalmente contrapuestas se mostraban de acuerdo sobre una lista de derechos; aquellos miembros de la Comisión alegaron que se hallaban de acuerdo con respecto a los derechos enumerados en la lista, pero a condición de que no se les preguntara por qué<sup>11</sup>. Sin embargo, esta pregunta es la que los filósofos del derecho no pueden dejar de formularse puesto que buscar las razones, los últimos fundamentos, las últimas causas, constituye la labor propia del filósofo que le hace diferenciarse del científico<sup>12</sup>.

La mayor parte de estas teorías podrían reconducirse a uno de los tres planteamientos que dominan en la actualidad. Por un lado, los

11 Cf. J. Muguerza, 'La alternativa del disenso. (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)', en *El fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., p. 20.

12 Carlos Ignacio Massini-Correas expone una interesante caracterización acerca del pensamiento contemporáneo sobre los derechos humanos, destacando las principales dificultades que se presentan a la hora de abordar su estudio: 1. *Dispersión de enfoques*: «A pesar de que la noción de "derechos humanos" nació en el marco de una relativa unidad doctrinal: aceptación de un "estado de naturaleza" en el que el hombre gozaba de derechos innatos; postulación de un "contrato social" como origen de la sociedad política; consenso acerca de la nómina de derechos fundamentales de los hombres: libertad, igualdad ante la ley, propiedad, resistencia a la opresión; convicción acerca de la existencia de una naturaleza humana, fundamento a su vez de la "dignidad del hombre", etc., el embate llevado a cabo por el positivismo y el historicismo sobre estos supuestos, condujo, ya en el siglo pasado, a la pérdida —o al menos al debilitamiento— del consenso que existía al respecto»; 2. *Tendencia inflacionaria*: «tendencia creciente a incrementar el número y la calidad de los "derechos" que se considera necesario satisfacer»; 3. *Inclinación al compromiso político*: «la inclinación a tematizarlos en estrecha relación con algún compromiso político particular»; 4. *Menosprecio de los fundamentos últimos*: «su reticencia a tematizar sus fundamentos últimos, aspecto en el que se deja ver el profundo impacto ejercido por el positivismo en la filosofía contemporánea»; 5. *Antropología problemática*: «La mayor parte de los ensayos de fundamentación de los "derechos humanos" suponen, expresa o implícitamente, una antropología o concepción del hombre inapropiada para ese propósito»; 6. *Inmanentismo*: «Las doctrinas que se debaten en nuestros días, así como los documentos que se proclaman acerca de los "derechos", se mantienen en un discreto plano terrenal, evitando cuidadosamente cualquier alusión a un principio de fundamentación absoluto y, menos aún, trascendente» ('El pensamiento contemporáneo acerca de los Derechos Humanos. Ensayo de caracterización', en *Humana Iura. Persona y Derecho. Suplemento de Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, 1 [1991] pp. 255-273).

dos ya típicos que, a lo largo de la historia, se han debatido en el pensamiento filosófico-jurídico: la fundamentación iusnaturalista, que consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos naturales, y la fundamentación historicista-positivista, que considera los derechos humanos como pretensiones históricamente logradas por la voluntad colectiva y consolidadas en normas positivas. A estos hay que añadir la fundamentación ética, la cual ha alcanzado gran predicamento en algún sector de la actual doctrina y que considera los derechos humanos como derechos morales, presentándose como una postura superadora de las dos anteriores. Sin embargo, resultaría excesivamente simple conformarnos con esta simple reconversión de las diferentes teorías hacia alguna de las tres perspectivas.

#### A) TEORÍA DE LA VALORACIÓN EMPÍRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las teorías coetáneas acerca de cuál sea el fundamento de los derechos humanos son tan variadas como el número de estudiosos que se han ocupado de este tema. En la *teoría de la valoración empírica* de los derechos humanos incluimos corrientes diversas de pensamiento así como autores<sup>13</sup> que niegan el planteamiento del problema

13 La denominación de «teoría de la valoración empírica de los derechos humanos» no puede identificarse con la fundamentación positivista de los derechos humanos. Esta valoración empírica es omnicomprendiva de las diversas teorías existentes que fundamentan los derechos humanos a excepción de las iusnaturalistas, a las que nos referiremos en el epígrafe siguiente.

Así por ejemplo, teniendo presente la aportación del cap. XXXIV del libro ya citado, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural* (pp. 429-439), de los profesores A. Fernández Galiano y B. de Castro Cid, el primero nos presenta una acertada síntesis de las diferentes teorías de la fundamentación de los derechos humanos: la teoría relativista (sostenida, entre otros autores, por N. Bobbio), la teoría axiológica (cuyo principal representante es E. Fernández), la teoría lógico-sociológica (defendida por Ch. Perelman), la tesis legalista (defendida, entre otros, por G. Peces-Barba), la teoría iusnaturalista (A. Fernández Galiano se manifiesta partidario de esta doctrina aunque como buen iusnaturalista considera también necesario el derecho posi-

de tal forma que consideran que no hay fundamentación filosófica significativa de los derechos humanos sino más bien circunstancias que dan valor y priman los derechos humanos sobre los demás derechos, como pueda ser la historia, la evolución de la sociedad y determinadas concepciones del Estado. De ahí que haya quienes piensen que no tienen otra fundamentación que la estimativa común de la sociedad, que son valores en alza en un momento determinado de la vida social de los pueblos. Previamente a la existencia de la legislación de los derechos humanos se encuentra una sociedad que estima esos valores o los contrapuestos u otros en los que se descubre la carencia de un sustrato permanente. Para otros autores los derechos humanos son el resultado de la confluencia de las sociedades europeas de la posguerra, el resultado de la doctrina de tipo humanista, propia de la cultura cristiana, y la aceptación política del Estado de Derecho. Se trata de superar el iusnaturalismo ahistórico y el pragmatismo y la indulgencia del positivismo, llegando a una concepción meramente empírica.

1. El *modelo dualista* defendido por G. Peces-Barba elimina, a su juicio, las dificultades e inconvenientes que planteaban otros modelos de análisis del concepto de derechos fundamentales<sup>14</sup>. Defiende

tivo); en esta teoría de la valoración empírica englobaríamos todas las teorías fundamentadoras, a excepción de la iusnaturalista.

14 Así, con respecto al modelo iusnaturalista, entiende que es eludir el problema el afirmar que los derechos fundamentales son derechos que el hombre tiene por su propia condición de hombre, derivados de su naturaleza y, por consiguiente, anteriores al Estado. Considera que tal afirmación se mantiene en el plano de los valores y no puede pasar al plano de la validez y de la vigencia sin un acto positivo de inclusión en el sistema jurídico, realizado por el Poder. El modelo escéptico es el propugnado por aquellos que niegan validez y sentido al concepto de derechos fundamentales, los que rechazan la noción misma de derechos fundamentales. El modelo positivista voluntarista se basa en la afirmación de que los derechos fundamentales son los que decide la voluntad del poder, aquellos que sea cual sea su contenido se designen como derechos fundamentales por una norma jurídica regularmente establecida: el Derecho de los derechos fundamentales se crea por la voluntad del gobernante, con independencia de su contenido; el origen de todo está en el Poder que respalda el sistema jurídico (sería la otra cara de la moneda iusnaturalista). Por último, el modelo pragmático es el propio de aquellos que se basan en una preocu-

la conveniencia de este modelo basándose en que los derechos fundamentales debían comprenderse desde dos niveles: el primer nivel es el de la filosofía de los derechos fundamentales, donde interesa el análisis de los factores sociales que han influido en su génesis y las corrientes de pensamiento que han contribuido a articular su actual sentido. El segundo nivel de estudio supone el paso de la filosofía de los derechos fundamentales al Derecho de los derechos fundamentales, es decir, la inserción de esos valores en normas jurídicas, en el Derecho positivo, y la configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. Este segundo nivel supone ya la teoría jurídica de los derechos fundamentales, de su ejercicio, de sus fuentes y de sus garantías <sup>15</sup>.

pación exclusiva por las técnicas positivistas, especialmente procesales, por el análisis, en el campo internacional de los modestos procedimientos puestos hasta ahora en marcha por la O.N.U. y en el campo europeo por el sistema de la Convención europea de la salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales. En este planteamiento no interesa ni preocupa la fundamentación, la teoría general y, por consiguiente, el concepto de los derechos fundamentales (cf. *Derechos Fundamentales*, 4.<sup>a</sup> ed., Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1986, pp. 18-24).

15 El propio Peces-Barba recoge en su libro *Derechos Fundamentales* las dos críticas principales que se han hecho con respecto a su teoría: la de A. Fernández-Galiano, en la que le objeta que el origen de los derechos humanos debe buscarse en el Derecho natural y no en las fuentes del ordenamiento jurídico positivo. Se pregunta Fernández Galiano que si los derechos humanos no son derechos en un ordenamiento que no les reconozca ¿en nombre de qué cabrá justificar la revolución? A esto responde Peces-Barba que su posición está lejana del modelo iusnaturalista y del voluntarista-positivista, pero si los valores, para Fernández-Galiano derechos humanos naturales, son derechos en un ordenamiento jurídico que no les reconozca y no se pueden ejercer porque los tribunales no admiten su alegación, se pregunta ¿qué base existe para afirmar que son derecho?

Con respecto a la objeción que también le hace Elías Díaz al descubrir en el planteamiento de Peces-Barba residuos iusnaturalistas, alega que es posible que deriven de una defectuosa expresión (cf. *ibid.*, pp. 28-30).

G. Peces-Barba, en una obra posterior, considera incompleta y superada la teoría dualista a la que antes nos hemos referido. Como él mismo reconoce, la experiencia y la reflexión le han llevado a completarla, extendiendo la positivación a las dimensiones de la eficacia, es decir, al análisis de la realidad, con lo que conlleva de obstáculos o impedimentos para la implantación real de las pretensiones morales convertidas en Derecho de los derechos humanos, reconociendo así que la justicia y

2. La postura de A. E. Pérez Luño intenta combinar el *iusnaturalismo «crítico»* con la teoría consensualista de la verdad de Jürgen Habermas y la teoría de las necesidades de la Escuela de Budapest<sup>16</sup>. Entiende que este iusnaturalismo «crítico» permite conciliar las dos exigencias básicas de nuestro estatuto constitucional acerca de los derechos fundamentales: por un lado, la de que nuestros derechos

la validez necesitan de la eficacia. En función de este presupuesto considera que los derechos fundamentales son: 1) *Una pretensión moral justificada*, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como la solidaridad y la seguridad jurídica, y construída por la reflexión racional en la historia del mundo moderno; 2) *Un subsistema dentro del sistema jurídico*, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial y, por supuesto, que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos; 3) Los derechos fundamentales son *una realidad social*, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad (cf. *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, pp. 95-98).

Del mismo autor *Vid.* también: *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, Mezquita, 1982; *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984; (Ed.) *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987; *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988; 'Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de Moral y Derecho', en *El fundamento de los derechos humanos*, o. c., pp. 265-277; *Derecho y Derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>16</sup> Habermas, como representante de la Escuela de Frankfurt, intenta huir de cualquier planteamiento objetivista axiológico y refugirse en la «reconstrucción del materialismo histórico» (cf. *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. de J. Nicolás y R. García Cotarelo, Madrid, Taurus, 1981). Defiende que no existe la verdad en sí sino que es el resultado del consenso, y esto es trasladable a los valores o a los derechos humanos. La fundamentación de Habermas, aunque resulta incompatible con un iusnaturalismo ontológico y ahistórico, es aprovechada por Pérez Luño en la medida en que se interesa por concebir el derecho natural como el conjunto de valores jurídicos que la razón práctica descubre en la propia historia de la sociedad.

La otra idea que introduce Pérez Luño es la de las necesidades humanas, para lo cual se inspira en la Teoría de la Escuela de Budapest, formada por los discípulos de Lukacs. A partir de las necesidades se puede construir el sistema axiológico (*Vid.* J. Herrera Flores, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989).

fundamentales constituyen un sistema de valores objetivos dotados de una unidad de sentido y que representan la suprema expresión del orden axiológico de nuestra sociedad así como de la comunidad internacional: la existencia de esa unidad de sentido es la que explica la razón de ser de la solemne afirmación constitucional de la dignidad de la persona, contenida en el Título I<sup>17</sup>. Junto a esa unidad básica señala que nuestro orden axiológico constitucional responde a una estructura abierta y dinámica, corolario del pluralismo político, consagrado también en nuestra Constitución. Esta estructura pluralista es la que legitima a los representantes parlamentarios para una concreción y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, acorde con las aspiraciones sociales expresadas por las mayorías.

El iusnaturalismo «crítico» permite que exista un consenso abierto y revisable que permita superar las dificultades del positivismo, que se limitaba a atenerse a la mera literalidad de la norma, ya que esto no permitiría más interpretación que la que «dictara el Poder». Por otro lado, al exigir la existencia de un cierto consenso se evita que la determinación de los valores sea «puro decisionismo» porque propugna una concepción intersubjetivista de los valores que halla su fundamento en el consenso sobre las necesidades radicales del ser humano<sup>18</sup>.

17 Esta unidad de sentido se reitera con la exigencia de que los derechos y libertades constitucionales sean interpretados en conformidad a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U. y acuerdos internacionales suscritos por España, en materia de derechos fundamentales. Unidad que se refleja también en el reconocimiento constitucional de un contenido esencial de los derechos fundamentales (cf. *Los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., 1986, Tecnos, pp. 133-134).

18 En la justificación objetivista, incluye Pérez Luño el conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas, o principios que poseen validez objetiva, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos, o de su consciencia valorativa. Dentro de la misma sitúa la ética material de los valores (considerando que en España esta corriente ha tenido eco en los planteamientos de J. M.ª Rodríguez Paniagua sobre el derecho natural y la axiología jurídica). En su opinión constituye un mérito de la ética material su contribución a «encontrar los valores morales, la bondad moral, dondequiera que se encuentre, prescindiendo de la clase de seres en que se realice, aislándola así de las cualidades entitativas, naturales o como quiera llamárselas, que acompañan a los

3. Si la fundamentación iusnaturalista presenta los derechos naturales como universales y absolutos, la *fundamentación historicista* los considera derechos históricos, variables y relativos. En lugar de derechos anteriores y superiores a la sociedad, se habla de derechos de origen social (en la medida en que son resultado de la evolución de la sociedad). De este modo, la fundamentación historicista considera que los derechos humanos se fundan no en la naturaleza humana sino en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad; de ahí que la temática específica de los derechos humanos irá en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretenda realizar. Esta fundamentación historicista fue defendida por B. Croce quien consideraba que los derechos universales del hombre debían ser reducidos, a lo sumo, a derechos del hombre en la historia. Por ello los derechos se aceptaban como tales para el hombre de una época particular. No se trataba de demandas eternas, sino sólo de derechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época y de los intentos de satisfacer tales necesidades <sup>19</sup>.

sportes o titulares en que anteriormente la hubiéramos contemplado» (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, 1986, p. 141). El objetivismo ontológico cristiano sitúa la fundamentación de los valores en un replanteamiento de la tradición aristotélico-tomista, en el intento de recuperar así el nexo entre el ser y el valor, remitiéndose al concepto de naturaleza humana (asumida en su dimensión metafísico-teleológica y no puramente empírica) para colmar el vacío de un orden de valores ideales y apriorísticos. De entre los diversos intentos fundamentadores de los derechos humanos inspirados en estas premisas, señala Pérez Luño como especialmente relevantes las aportaciones de S. Cotta, J. Finnis, M. Kriele y L. Lachance. En España, la fundamentación de los derechos humanos en base al objetivismo ontológico de inspiración neotomista ha contado con numerosas aportaciones doctrinales. Entre éstas destaca la de E. Luño Peña y la de A. Fernández Galiano (cf. o. c., pp. 142-143).

El subjetivismo axiológico supone la reivindicación de la autonomía humana como fuente de todos los valores. La concepción subjetivista, entendida como autoconciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, se encuentra en la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos (cf. *ibid.*, pp. 145-146).

<sup>19</sup> E. Fernández realiza dos precisiones críticas con relación a esta fundamentación historicista. La primera de ellas es la de si esta variabilidad histórica se puede

4. La *fundamentación ética o axiológica* sostenida por E. Fernández tiene su raíz en la insatisfacción que le produce la fundamentación iusnaturalista (para la que el fundamento de los derechos humanos estaría en el derecho natural, deducido de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable) y la historicista (cuyo fundamento estaría en la historia, cambiante y variable). Parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico. El derecho positivo no crea los derechos humanos: su labor está en reconocerlos. De ahí que el fundamento de los derechos humanos no pueda ser más que un fundamento ético o axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana.

Defiende que los derechos humanos aparecen como derechos morales<sup>20</sup>, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres, independientemente

aplicar a todos los derechos porque en el caso de los derechos cívico-políticos y económico-culturales podría entenderse. Pero ¿qué sucede en el caso de los derechos personales, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, en los que existe un sustrato permanente, con variabilidad sólo de matices? Por otro lado, si se consideran los derechos humanos como satisfacción de necesidades humanas, cabe preguntarse si se deben reconocer y garantizar todo tipo de necesidades o cómo podría llevarse a cabo una elección entre necesidades más apremiantes y fundamentales y las menos. ¿Cuál sería el criterio y conforme a qué valores se haría la elección? (cf. o. c., pp. 100-104).

20 El fundamento moral de los derechos, aunque con matizaciones diversas al planteamiento de E. Fernández, es también defendido por Luis García San Miguel para quien: «Los derechos humanos, tal como uso la expresión, son, en suma, exigencias "ideales" no en el sentido de utópicas o inalcanzables sino en el de fundados en la moral. Cuando los formulamos pretendemos que el orden jurídico-positivo se ajuste a las mismas». Considera L. García San Miguel que uno de los presupuestos de nuestras sociedades democráticas es el del pluralismo moral y, a su juicio, «las principales posibilidades de justificación de los derechos se vinculan a dos diferentes sistemas filosófico morales cuyos más destacados representantes son Kant y Mill y que suelen denominarse racionalismo y utilitarismo» ('Qué son los Derechos Humanos', en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2 [1994] p. 258).

de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social. El calificativo de «morales» aplicado a «derechos» representa tanto la idea de una fundamentación ética como de una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos: son sólo los que tienen que ver más estrechamente con la idea de dignidad humana. El sustantivo «derechos» expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad y pretensión de que, para su «auténtica realización», los derechos humanos estén incorporados al ordenamiento jurídico. De ahí que el término de derechos morales sea el resultado de la doble vertiente ética y jurídica<sup>21</sup>.

21 A juicio de E. Fernández, la fundamentación por él propuesta permite salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo. En relación con la fundamentación iusnaturalista porque no se queda en la simple defensa de la existencia de los derechos humanos, como derechos naturales, independientemente de su incorporación al derecho positivo, sino que al mismo tiempo que insiste en su especial importancia propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas. En relación con el positivismo jurídico, porque defiende la existencia de los derechos humanos aún en el caso de que éstos no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico (en este supuesto, su existencia es parcial e incompleta; cf. o. c., p. 109).

El propio E. Fernández reconoce que la concepción de los derechos humanos que él postula está muy próxima a las ya citadas de G. Peces-Barba y de A. E. Pérez Luño. Sin embargo, hace algunas matizaciones con respecto a éstas, permitiendo de esta forma mostrar las diferencias entre su doctrina y las anteriormente enunciadas. Con respecto a la concepción dualista entiende que puede darse el caso de derechos fundamentales que se defiendan como tales, y lo sean realmente, pero que no hayan sido incorporados al derecho positivo: que aún no tengan la configuración aunque sí la pretensión, de convertirse en derechos públicos subjetivos. Cita, a modo de ejemplo, el derecho a la objeción de conciencia, la desobediencia civil (si se considera como un derecho) o, en general, los derechos de las minorías, siempre y cuando estos supuestos derechos de las minorías no violen gravemente las reglas de un sistema jurídico-político aceptado y conformado por la mayoría y, por consiguiente, de ser incorporados al derecho positivo. Considera E. Fernández que nadie podrá negar que esos derechos justos de las minorías no sean también derechos fundamentales (cf. o. c., pp. 110-111). Asimismo entiende que debe insistirse en que la concepción dualista no se agota en el momento en que los valores expresados en cualquier dere-

5. No todos los filósofos del derecho consideran que el problema de la fundamentación ética de los derechos sea una cuestión abierta. Aún a riesgo de trasvasar el panorama filosófico-jurídico español, consideramos imprescindible referirnos a Norberto Bobbio y a uno de sus trabajos ya clásicos, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo* (1967)<sup>22</sup>, en el que defiende que se trata de un problema definitivamente superado. Considera que es una ilusión el fundamento ideológico universal para todos los derechos humanos, porque son meros conceptos valorativos y que, como tales valores, no tienen justificación; sólo es posible constatar si las personas se sienten o no vinculadas por ellos, dependiendo de la estimativa del sujeto, dado que se trata de categorías variables en el tiempo y, al ser heterogéneos, no cabe un único fundamento. De ahí que considere

cho fundamental se han convertido en norma jurídica, sino que los derechos fundamentales, una vez configurados como derechos subjetivos, siguen expresando valores.

Con respecto al planteamiento de Pérez Luño, participa con él de la idea de que es de la dignidad de la persona humana, así como de las exigencias y necesidades ligadas a la consecución de la libertad y la igualdad, de donde se derivan los derechos humanos. Estos derechos esenciales tienen un fundamento anterior al derecho positivo. Sin embargo, aún coincidiendo con él en este aspecto, muestra su discrepancia con respecto a que ese fundamento tenga que ser necesariamente iusnaturalista, y no simplemente de defensa de las exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad de la persona humana. Advierte E. Fernández que Pérez Luño ha matizado esta terminología en uno de sus trabajos posteriores, indicando que se utilizaba el término iusnaturalismo en su acepción deontológica, funcional y abierta. Lejos de apelar a algunas de las versiones concretas del derecho natural, se refería a un conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran. Con todo, E. Fernández sostiene que cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista (cf. o. c., p. 112).

Sin embargo, reconoce que entre ambas posturas hay numerosos puntos de coincidencia. Que se refiera a la fundamentación ética y de derechos morales es un problema puramente terminológico, para evitar esos fantasmas de las posturas iusnaturalistas basadas en la equívocidad y ambigüedad de la expresión derechos naturales.

<sup>22</sup> 'Presente e avvenire dei diritti dell'uomo', en *La Comunità Internazionale*, XIII (1968) pp. 3-18. Hay una traducción al castellano de A. Ruiz Miguel, 'Presente y porvenir de los derechos humanos', en *Anuario de Derechos Humanos*, I (1972) pp. 7-28.

que el único discurso que cabe hacer sea el de analizar las circunstancias sociales, políticas y económicas que favorecen este propósito de los derechos humanos. Por consiguiente, entiende que el principal problema de nuestro tiempo en relación con los derechos humanos no era ya el de fundamentarlos sino el de protegerlos, es decir, un problema que habría dejado de ser filosófico para pasar a convertirse en un problema jurídico y, en un sentido más amplio, político.

Para Bobbio existen tres principales formas de fundar esos valores. La primera, consiste en deducirlos de un claro objetivo constante como podría ser la naturaleza humana (es lo que ha hecho el iusnaturalismo; sin embargo, la naturaleza humana puede concebirse de formas diversas y apelar a ella serviría para justificar sistemas de valores asimismo diversos e incluso contrapuestos, de forma que tan natural sería el «derecho a la dignidad, la libertad y la igualdad» como «el derecho del más fuerte». La segunda se basa en considerar a los valores en cuestión como verdades evidentes por sí mismas (pero la apelación a la evidencia, al igual que la anterior apelación a la naturaleza humana tampoco es un criterio objetivo y fijo dado que lo que algunos han considerado evidente en un momento dado puede no ser considerado tal por otros). La tercera es la que propugna Bobbio cuando trata de justificar los valores haciendo ver que éstos descansan en el consenso y que un valor, por consiguiente, se hallará tanto más fundado cuanto más compartido sea. A su juicio, la Declaración de 1948 —junto con toda la legislación puesta en marcha a partir de ella, tanto en el plano internacional como en los diferentes planos nacionales— constituiría la mayor prueba histórica que haya existido nunca de un *consensus omnium gentium*, esto es, de un efectivo consenso universal acerca de un determinado *sistema de valores*: el sistema de los derechos humanos<sup>23</sup>.

23 J. Muguerza considera que la teoría bobbiana citada podría ser objetada desde distintos frentes. Así por ejemplo, cabría objetarle que el «consenso universal» acerca de los derechos humanos no es desgraciadamente tan universal como parece, aparte de que —como el propio Bobbio admitiría— el proceso de reconocimiento, e incluso de creación, de esos derechos es «un proceso en marcha» y nada ni nadie

6. Por parte de algunos ius-filósofos se ha reconocido que la regla de decisión mayoritaria se halla lejos de garantizar la justicia de las decisiones que hace posibles. Nada hay que excluya la posibilidad de que la decisión democrática de una mayoría sea injusta, y el hecho de que las decisiones no mayoritarias ni democráticas también lo puedan ser —y muy probablemente, aún más injustas— no nos proporciona ningún consuelo ético, en especial si lo que deseamos es servirnos del principio kantiano de universalización para fundamentar los derechos humanos.

De ahí que J. Muguerza se proponga acudir a una formulación distinta del imperativo categórico kantiano, una formulación que con respecto a la trascendencia ética la considera superior a la del principio de universalización. Es lo que denomina *el imperativo de la disidencia*, por entender que —a diferencia del principio de universalización, desde el que se pretendía fundamentar la adhesión a valores como la dignidad, la libertad o la igualdad—, lo que ese imperativo habría de fundamentar es más bien la posibilidad de decir «no» a situaciones en las que prevalece la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad. Se trataría de preguntarnos si, según J. Muguerza, no extraemos más provecho de un intento de «fundamentación» desde el *disenso*, esto es, de un intento de fundamentación «negativa» o disensual de los derechos humanos, a la que denomina «la alternativa del disenso». El imperativo de la disidencia prescribe (o, al menos «autoriza a») decir que *no* frente al

garantiza la perpetuación del consenso correspondiente, máxime cuando algunos de esos derechos —por ejemplo los denominados «derechos económicos y sociales»— suelen convertirse en terreno de litigio entre concepciones tan enfrentadas de los derechos humanos como las concepciones liberal y socialista. Desde un *punto de vista jurídico*, se ha discutido también si la Declaración de 1948 posee o no la condición de un «documento jurídicamente consistente» (Kelsen por ejemplo la negaría). J. Muguerza reconoce que las objeciones que a nosotros más nos tienen que interesar son las que podrían esgrimirse desde un *punto de vista filosófico* y, en concreto, partiendo del argumento del contractualismo y del consenso, llegar al disenso (cf. 'La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)', en *El fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., pp. 31-33).

derecho injusto, por muy consensuada que esa injusticia pueda estar<sup>24</sup>.

## B) TEORÍA DE LA FUNDAMENTACIÓN IUSNATURALISTA

Distinto del iusnaturalismo racionalista de la Ilustración, el *iusnaturalismo moderno* hunde sus raíces en la concepción medieval respondiendo a las dificultades que se encuentran en la actualidad.

24 Cf. o. c., pp. 42-55.

J. Muguerza ofrece pues una posible fundamentación ética de los derechos, entendidos éstos como «aquellas exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad que hacen de cada hombre un hombre», y el primero de los cuales sería el de ser sujeto de derechos. Con respecto a esta concepción se han ido señalando una serie de observaciones entre las que, a modo de ejemplo, destacamos las siguientes:

J. Ballesteros y J. de Lucas indican que se trata, inequívocamente, de la noción de derechos morales que, sin embargo, es descalificada desde el primer momento por J. Muguerza, al preferir referirse a exigencias éticas. Consideran que cabría alinear a Muguerza con quienes advierten que el elemento decisivo a ese respecto es la voluntad, la condición de sujeto moral y su ejercicio, lo que dejaría sin resolver problemas tales como el fundamento de los derechos humanos de aquellos que no tienen capacidad de expresión de la voluntad (por ejemplo, niños o dementes), los derechos irrenunciables o inalienables, la distinción entre existencia o constitución de los derechos (y su fundamento) respecto a las facultades o prerrogativas que hacen posible su ejercicio, etc. (cf. 'Sobre los límites del principio de disidencia', en *El fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., pp. 87-89).

Por su parte, E. Fernández no cree que exista nada especialmente «confundente» en la denominación «derechos morales» y entiende que lo que J. Muguerza denomina «fundamentación negativa» o disensual de los derechos humanos no es una fundamentación, sino un intento de explicar la génesis de los derechos humanos (cf. 'Anotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos', en *El fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., pp. 155-162).

F. Puy acepta las fundamentaciones éticas de los humaniuros que ofrece J. Muguerza pero discrepa de su rechazo de las fundamentaciones dichas intrajurídicas (en cuanto se consideren las ético meta-jurídicas), porque las acepta también y por último, poniéndose en disidencia parcial con la idea central defendida por Muguerza, que sería la de la exclusividad ética, porque F. Puy prefiere no aceptarla como única fundamentación (cf. '¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?', en *El fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., pp. 289-302).

Abarca autores cuyas ideas no son exactamente coincidentes, que no constituyen una escuela, pero cuyos planteamientos tienen plena actualidad. Se parte de que la normatividad social no es un fin en sí mismo, sino algo mediatizado por los objetivos que busca la sociedad. La normatividad vigente en una sociedad es un instrumento útil para que consiga los bienes y fines que busca, situando a la persona como raíz de la justicia del derecho, último reducto de la justificación del derecho. No se acepta que el derecho subjetivo sea mero recurso conceptual sino que el derecho subjetivo es natural porque es aquello que brota de la persona y es conforme a ella. El derecho natural entiende la persona como realidad subsistente y criterio determinante de la justicia de las cosas. Para estos autores, entre los que nos incluimos, los derechos humanos constituyen los valores básicos de todo el derecho vigente y determinan la justicia de toda normatividad social. Lo importante es que dentro de toda normatividad haya algo fundamental que determina la justicia de lo demás: no se trata de legalidad sino de legitimidad. No son válidos porque la autoridad suprema los declare válidos sino porque ya lo eran incluso antes de que existiera cualquier normatividad social.

En los planteamientos básicos y en su concreta realización en el seno de un grupo determinado, la vida social comporta necesariamente un nivel valorativo del cual toma su propio sentido. Este nivel valorativo no se circunscribe a una esfera puramente ideal, sino que se proyecta sobre la realidad fáctica del desarrollo de los individuos y de la colectividad. Esto tiene un relieve especial en el ámbito jurídico. Por el hecho de ser una realidad cultural, el derecho es una realidad de sentido, es decir, una realidad orientada hacia la realización de un ideal valioso (ligado al carácter teleológico del hombre)<sup>25</sup>. Es

25 Gregorio Robles Morchón se ha interesado en destacar la relación entre los valores y los derechos humanos: «La *teoría* de los derechos humanos, en cualquiera de sus manifestaciones, está asentada sobre una tarea de selección de valores de entre aquellos que afectan a la organización jurídica de la sociedad. Y esta selección de valores se realiza sobre la base de los siguientes supuestos: 1. los mencionados

así que los derechos fundamentales, esos especiales derechos con los que cuenta el hombre, derivan y dependen de estos valores, pero no de cualquier valor sino de unos determinados<sup>26</sup>.

Resulta evidente que los derechos fundamentales están profundamente ligados al *ethos* o universo axiológico del grupo, es

valores no son *prima facie* obra humana, sino que están insertos en o derivan inmediata o mediatamente de la propia naturaleza del hombre. Se identifica así naturaleza y valor, ser y deber ser; 2. la reflexión intelectual —se centra dentro del marco de la estricta *teoría de los derechos humanos*, aunque se admita *a posteriori* el estudio dogmático y sociológico— sobre los mencionados valores. Aunque éstos hayan sido plasmados en normas jurídicas (positivas), la teoría de los derechos humanos sólo podrá tenerlos en cuenta en tanto que valores; 3. como consecuencia de lo anterior, la teoría de los derechos humanos mantiene una *posición dualista* ante el Derecho; admite, junto a la existencia de un Derecho superior (justo) que encarna los valores seleccionados como dimanantes de la naturaleza humana, la de un Derecho positivo. Condiciona, empero, el carácter jurídico de éste a su concordancia con el primero. El Derecho positivo toma su origen y razón de validez del Derecho Natural: no otra cosa significa la teoría del pacto social en algunas de sus manifestaciones; 4. cognoscibilidad del contenido concreto de los derechos humanos. Se parte *more geometrico* de la consideración del hombre abstracto, desligado de su inserción socio-histórica; y de esta idea del hombre, ser radicalmente consciente, racional y libre se deducen, a modo de atributos, las distintas facultades, que son sendos basamentos de otros tantos derechos» ('Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos', en *R.I.F.D.*, Milano, Giuffrè, 4 [1980] pp. 484-485).

G. Robles Morchón también ha subrayado el importante papel que juegan los valores con respecto a la sociedad y sus normas: «Toda sociedad, todo grupo humano, necesita, para poder vivir, creer en determinados valores, los que defiende como propios del grupo, de la sociedad. Cuando tal creencia no existe, el grupo, la sociedad, se disuelve. Convivir significa compartir, esto es, partir con, repartir. El reparto de cargas y de bienes exige un acuerdo generalizado sobre los valores que sustentan al grupo y que en último término constituyen el fundamento del reparto, del compartir, del convivir. Una sociedad sin valores es un espectro de sí misma. Los valores imperantes en una sociedad se concentran, verbalizándose, haciéndose palabras, en las normas sociales, las cuales expresan deberes sociales. Valores, normas y deberes constituyen el entramado esencial de toda sociedad (...) De toda la exposición precedente se desprende que los elementos morales básicos de toda sociedad son los *deberes* o, si se quiere, las *normas sociales*, las cuales expresan los *valores* con predominante implantación social» (*Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 68-70).

26 Cf. J. Brufau Prats, *Teoría fundamental del Derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., corregida y aumentada, Madrid, Tecnos, 1987, p. 69.

decir, a los criterios y directrices que informan y orientan la actividad propiamente humana, tanto la personal de cada miembro, como la actividad del grupo. Este universo axiológico propio de un ámbito cultural es variable en el tiempo pero ello no impide la tendencia a universalizar el *minimum* de valores sociales que, en el grupo, son considerados como fundamentales. Diferenciándose así de los secundarios o subordinados, son los que configurarían los valores fundamentales dominantes o prevalentes, y estos son los que dan sentido radical a la cultura del grupo. Y es lógico que sea así, porque los rasgos característicos de un ámbito cultural determinado están en íntima conexión con las instancias axiológicas básicas sobre las que se apoya. Los valores secundarios, aunque tengan consistencia propia, de alguna manera están ligados a los valores fundamentales y de ellos reciben su sentido y orientación.

Por otra parte, la apreciación que hace el grupo nunca es un criterio definitivo, pues dicha evaluación puede resultar total o parcialmente errónea. El criterio de verdad tiene una instancia ontológica, y echa sus raíces en el ser del hombre. De ahí que si los valores responden a exigencias básicas y radicales de la naturaleza humana, se trate de valores objetivos fundamentales, tales como los valores de justicia y de libertad. Si por el contrario no tienen ese carácter básico y primordial y el mundo axiológico objetivo no queda notablemente afectado por su cambio o desaparición, serán valores objetivos secundarios. A su vez, entre los valores objetivos fundamentales cabe distinguir los valores absolutos y los relativos. Los valores objetivos fundamentales absolutos son siempre fundamentales y son aquellos que valen por sí mismos, nunca pueden ser preteridos y brotan necesariamente de la misma esencia de la realidad, como la dignidad de la persona humana o su libertad. Los valores culturales y los valores absolutos no constituyen, pues, dos ámbitos contrapuestos. El *ethos* de un grupo, el universo axiológico de su cultura, debería incluir siempre los valores que, en el orden objetivo, sean absolutos: estos tendrían su reflejo en los derechos fundamentales. Con todo, hay que lamentar que la historia de la

humanidad y la contemplación del mundo actual muestren que la realidad aún dista de ser así<sup>27</sup>.

Esta concepción, que se inscribe en la teoría iusnaturalista de la cual nosotros participamos, recoge en cierta forma, la herencia del pensamiento griego, romano y cristiano. Así como Aristóteles afirmaba que el derecho lo es porque está mandado o porque es justo, así toda norma social vigente en un pueblo lo es o porque es derecho circunstancial, es decir, es mandada, o porque además es justo en sí, lo que supone una precedencia de categoría, justificación y valoración. A lo que es *ius* porque está mandado se le llama derecho positivo y a lo que está mandado porque es justo, se le llama derecho fundamental humano<sup>28</sup>.

1. Uno de los máximos exponentes de la fundamentación iusnaturalista es A. Fernández Galiano. Este autor opta por asentar los derechos humanos en un orden superior, objetivo, que pueda ofrecer un fundamento de carácter universal y al que pueda apelarse en todo tiempo y lugar. Para justificarlo parte de que la convivencia social

27 Cf. *ibid.*

28 Puede considerarse que son tres los principales conceptos con los que juega la teoría del iusnaturalismo actual:

1) *Derechos humanos*: son las exigencias fundadas en la índole ética de la persona humana y que justifican la justicia, determinados derechos formulados o no por la legislación concreta. Los derechos humanos no son ni otorgados, ni son derechos justificados por la voluntad de la autoridad (positivistas), ni son algo absoluto y separado del poder político, sino que son sólo derechos reconocidos. Los derechos humanos se reconocen, pero ni se otorgan ni se pactan. Se aceptan como válidos en un Estado de Derecho puesto que preceden a la legislación. La validez de los derechos humanos no deriva de la autoridad del que los otorga sino de su mayor o menor dependencia de lo que es el hombre.

2) *Justificación*: porque son previos a la legislación, no cronológicamente —al modo de los iusnaturalistas racionalistas, quienes defendían que eran previos cronológicamente, anteriores porque se encontraban en el estado de naturaleza— sino valorativamente: son derechos antes de que los cree una ley porque derivan del concepto de persona.

3) *Contenido*: son principios de valor ético, lo que a la vez exige considerar al hombre como racional y libre. Son los derechos justificados por lo que en sí es el hombre no por ser impuestos por la autoridad política.

necesita de la existencia de unas normas. Todo derecho —y también, los derechos humanos—, han de fundarse en una norma ya que sin ella podría hablarse de expectativa, deseo, utilidad o fuerza pero no de derecho en el sentido estricto del término. Y esa normatividad necesaria para que en ella se asienten los derechos fundamentales o es el ordenamiento jurídico positivo o es otro ordenamiento distinto del procedente del legislador. La primera vía implicaría que ostentar los derechos fundamentales depende tan sólo de la vigencia de las normas que quieran otorgarlos, lo cual considera repugnaría a la conciencia y a la dignidad humana. Optar por la segunda vía presupone, lógicamente, la aceptación de ese ordenamiento distinto al positivo<sup>29</sup> y, «lo que importa, creo yo, es afirmar que el fundamento de los derechos humanos es un fundamento metapositivo»<sup>30</sup>.

Advierte Fernández Galiano que la fundamentación iusnaturalista que propugna requiere ciertas precisiones, porque prefiere hablar, más que de derecho natural, de objetivismo jurídico, entendiendo por tal la afirmación de una realidad metajurídica que, de algún modo, condiciona y limita la actividad del legislador. Una realidad que no tiene por qué ser un ordenamiento cerrado, sino conectado a la naturaleza humana y a otros factores que vendrían a colaborar en la atribución a aquella realidad de un contenido concreto. Así, la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos se condensa en el aserto básico de que éstos no son creación de las normas positivas y que, por consiguiente, existen previamente al reconocimiento que éstas les confieran, si bien en esa existencia previa tengan una dudosa eficacia<sup>31</sup>.

29 Cf. *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, Madrid, Ceura, 1987, pp. 283-284. También en *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, o. c., pp. 434-435.

30 'Carta al Profesor Javier Muguerza', en *El fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., p. 169.

31 Cf. *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, p. 437.

Crítica, Fernández Galiano las acometidas, por parte de G. Peces-Barba, contra la doctrina iusnaturalista aplicada a los derechos fundamentales, especialmente la contradicción interna que observa en algunas de sus afirmaciones. Entender que los

2. F. J. Lorca Navarrete sostiene también una posición iusnaturalista. Señala que la comprensión de la fundamentación de los derechos humanos se enmarca dentro del problema capital de la axiología jurídica, relativo a la consideración del derecho justo y que se traduce en un haz de exigencias y pretensiones/o/facultades frente al poder político, trazando los límites de su actuación. El sentido objetivo de los derechos humanos estaría integrado por «aquellas tendencias, inclinaciones y exigencias derivadas de la dignidad de la naturaleza del hombre, en cuanto ser racional, libre y social —en su dimensión individual y colectiva— que hace (y se hace) en la historia; que siendo previas a toda sociedad y estado, deben ser reconocidas traducándose en los valores de la libertad, la igualdad, la seguridad y la justicia, conformadores de las leyes de un ordenamiento justo y respetados por todo poder legítimo, teniendo que ser garantizados, protegidos y tutelados efectivamente como derechos fundamentales por medio de los recursos que los amparan y ante las instituciones e instancias judiciales *ad hoc*». Su sentido subjetivo resultaría de la anteposición a dicha fórmula de la referencia al «conjunto de facultades pertenecientes a la persona —individual o colectiva— para hacer cumplir las exigencias...». Éstos son los derechos humanos que Lorca Navarrete opta por denominar *derechos naturales*, porque el tránsito —proceso de positivación— que va de los derechos naturales a los derechos fundamentales implica la *constitucionalización* de los mismos<sup>32</sup>.

derechos humanos sólo existen cuando como tales son proclamados e incluidos en una norma jurídica, es decir, cuando se realiza la *positivación* de los mismos es juzgado erróneo. Porque ¿no subyace en esta doctrina una *previa* aceptación de tales derechos? La positivación es algo que acontece a los derechos humanos, por lo que entiende Fernández Galiano que éstos existan antes para que resulte posible que sobre ellos acceda la positivación; ¿cómo es entonces posible referirse a los derechos humanos si no existen antes de su incorporación a la norma positiva? (cf. 'Carta al Profesor Javier Muguerza', en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, o. c., pp. 168-169).

32 Cf. *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, S. A., 1993, pp. 412-415.

La construcción de su propia fundamentación le lleva a analizar otras teorías fundamentadoras. Así por ejemplo, con respecto a la consideración de los derechos

Considera pues, que el Derecho natural proporciona los criterios de lo justo tal como la razón humana los descubre en la trama del orden del universo, toda vez que la conciencia reflexiva es el

humanos como derechos morales señala que respetando la propia opinión de E. Fernández de Sotomayor de vía intermedia entre el iusnaturalismo y el positivismo o, para ser más precisos, en una tercera vía entre ambos, no le cabe duda de que el platillo de la balanza cae del lado del iusnaturalismo, aunque aquél eluda el término.

Por otro lado, considera que la tesis de J. Muguerza acerca de la «fundamentación negativa» o disensual de los derechos humanos está elaborada desde la negatividad que se recrea en la insociabilidad del hombre, produciendo la inquietante sensación de un mundo sin altruismo y generosidad, donde —llevando la teoría hasta sus últimas consecuencias— contarían las exigencias de unos pocos o de unas minorías, en cuyas justas reivindicaciones pero también en su posible egoísmo o insolidaridad, en su priorización de sus bienes individuales frente al bien común, residiría el fundamento y la génesis de los derechos humanos. Entiende Lorca Navarrete que, ciertamente, la disidencia puede encontrar su justificación frente al derecho injusto, pero otra cosa muy distinta es pretender fundamentar en la disidencia los derechos de *todo* hombre y de *todos* los hombres. Lo que puede obtenerse con la disidencia es la justificación y, de consuno, la legitimación del proceder o de unas actitudes frente al derecho injusto o el poder escasamente democrático o despótico sin más, pero no puede erigirse en fundamento absoluto de dichos derechos. En todo caso, concluye Lorca Navarrete, podría decirse que los derechos humanos no han nacido *del disenso*, sino *con ocasión* del disenso.

Diversa es la valoración que le merece la doctrina de F. Puy al respecto, ya que éste último comenzó por expresar que los derechos humanos constituirían el derecho natural de nuestro tiempo (entendiendo por derecho natural el conjunto de facultades jurídicas fundamentales a causa de referirse a las acciones humanas más intencionadas, o de expresar las tendencias humanas más elementales, o de provenir de las necesidades humanas más radicales, o de provocar las reacciones defensivas más agudas, o de suscitar las más serias garantías de efectiva realización. Finalmente, señala que los derechos humanos son el conjunto de libertades y facultades de carácter tan fundamental, que pertenecen al ser humano, no por concesión graciosa, ni atribución discrecional del poderoso, sino por virtud de la misma dignidad de la naturaleza humana, que los establece como exigencias de cada sujeto, con carácter vinculante y limitante para todos los titulares de poderes sobre otros. La evolución del Profesor Puy Muñoz (después de sus obras *Derechos Humanos* y *Tópica Jurídica*) le lleva a afirmar que preguntarse por el fundamento de los derechos humanos significa preguntar por la razón que motiva a aceptar la idea normativa de los *dikeos* y a comportarnos congruentemente con ella, como que probablemente más beneficiosa luego después para todos (y para mí también) que otras hipótesis aparentemente más ventajosas para mí aquí y ahora (cf. *ibid.*, pp. 420-427).

supremo de los saberes del hombre. Y al sentar los criterios, establece —bajo el prisma ético— la justificación y el origen filosófico de los derechos llamados positivos<sup>33</sup>. Por eso defiende que «la comprensión de la fundamentación de los derechos humanos ha de ser radical, esto es, ir hasta las raíces de dichos derechos. Y estas raíces se encuentran en la consideración de la dignidad esencial de la naturaleza del hombre, de donde nacen como exigencias que, a lo largo de la historia han pugnado por su reconocimiento y tutela en las normas y leyes positivas, marcando, al mismo tiempo, los linderos de la legitimidad de todo poder político»<sup>34</sup>.

### C) OBJECIONES A LA TEORÍA IUSNATURALISTA: SU RESPUESTA

La expresión tradicional «derecho natural» hace referencia a «naturaleza». No pretendemos entrar en las controversias que, en el campo de las ciencias físico-naturales y en el de las ciencias humanas, ha despertado la significación del término «naturaleza». Pero sí nos interesa dejar claro que no entendemos por naturaleza la sola suma de caracteres empíricos de cada hombre en particular, es decir, de aquellos rasgos que determinan la manera de ser de cada hombre singular. Por naturaleza entendemos la estructura esencial común a todo ser humano<sup>35</sup>.

El valor universal de los preceptos de derecho natural, sin mengua de la permanencia e inamovilidad de su núcleo esencial, está vinculado a su adaptación al carácter histórico del hombre y a la inserción de éste en el contexto socio-cultural en el que vive y está animado por un dinamismo incesante. Sin embargo, hay posturas discrepantes que obedecen a falsas concepciones acerca de la natura-

33 Cf. *Introducción al Derecho. Fundamentos filosóficos*, Madrid, Ed. Pirámide, S. A., 1987, p. 303.

34 *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*, o. c., p. 415.

35 Cf. J. Brufau Prats, o. c., p. 297.

leza humana. Podríamos diferenciar dos grandes tipos de actitudes principalmente: una es la que se centra en la dimensión inmutable de la naturaleza humana, prescindiendo de lo histórico, como si esto no fuera patrimonio del hombre; otro tipo de actitud es la del historicismo radical que, por acentuar tanto la dimensión de cambio, olvida o niega la naturaleza humana permanente y, en consecuencia, hace inconcebible un auténtico derecho natural. Considera que las normas por las que el hombre ha de regular su conducta no responden a principios de valor suprahistórico, sino que su valor es temporal, variable de una época a otra, de un tiempo a otro. En definitiva, podría concluirse que a esta teoría iusnaturalista se le plantean una serie de objeciones<sup>36</sup>, dificultades derivadas esencialmente del concepto de «naturaleza»<sup>37</sup>, a las que sin embargo, se puede dar respuesta:

1. Se dice que esta teoría ignora la *historicidad* de los derechos humanos. Desde la perspectiva histórica no se puede demostrar que existan unos derechos fundamentales que sean permanentes, que existan siempre y en todo lugar ya que la historia humana nos muestra, por el contrario, que la consecución de esos derechos es el fruto de un lento avance. Esta objeción es cierta puesto que los derechos

36 Estas críticas que se hacen a la corriente iusnaturalista (tales como el relativismo de los valores, la juridicidad del derecho natural, la relación entre derecho natural e historia y entre derecho natural y naturaleza) han sido muy acertadamente analizadas y contestadas por P. Serna Bermúdez (cf. *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1990, pp. 95-130).

37 El tratar acerca del derecho natural nos pone en contacto con el concepto de naturaleza. ¿Qué lastre lleva el término natural que hace surgir ciertas dificultades? En primer lugar, porque algunos sectores alegan que el derecho natural es opuesto a la historia y los derechos humanos tienen historia. En segundo lugar, el derecho natural es identificado por otros con un derecho necesario, como lo opuesto a la libertad. Si el núcleo fundamental de los derechos humanos es la libertad ¿cómo se les puede llamar naturales? Tratar de derechos naturales parece que conlleva el concepto de necesidad y, ¿qué relación guardan entonces con lo jurídico? En tercer lugar, la positivación, porque lo natural parece contrario a lo regulado y lo que se reclama de los derechos humanos es poder utilizar su eficacia sin que tengan que estar legislados, ¿cómo es que entonces son naturales?

humanos son mudables, históricos y no puede afirmarse que sean permanentes. Pero el iusnaturalismo moderno da respuesta a esto definiendo al hombre como una naturaleza histórica, el hombre no es inmutable; la inmutabilidad y la eternidad del derecho natural se reflejen en el hombre en la medida en que existe una índole humana que sí permanece, aunque es indudable que en su hacerse el ser humano va variando. Se trata de una concepción antropomórfica del hombre como un ser en el que permanecen unas dimensiones esenciales, pero que al mismo tiempo va variando y perfeccionándose.

El hombre hace historia pero sin agotarse en ella. Siendo siempre él mismo, cambia. Permanece idéntico a sí mismo, pero con arreglo al momento histórico que va viviendo. Es verdad que las normas por las que cada época y cada pueblo deben regirse han de ser concretas y han de variar con las circunstancias. Pero no debe olvidarse que estas normas históricas y variables toman su sentido y su apoyo de unos principios normativos que arraigan en una naturaleza inmutable en su núcleo fundamental y que está por encima y por debajo de estas transformaciones que se dan a lo largo de la historia<sup>38</sup>. De ahí que el iusnaturalismo moderno no coincida con el iusnaturalismo racionalista, ni tampoco con el pensamiento medieval cristiano. Se muestra como el resultado del progreso del hombre, que ha variado en la concepción de sí mismo a lo largo de los períodos de la historia. El hombre es hombre y es historia y el derecho natural está

38 Esta aceptación de la posible variabilidad del derecho natural en sus aspectos incidentales se encuentra lejos de la postura sustentada por R. Stammler. Éste, al diferenciar entre concepto e idea del Derecho, consideraba que la segunda era la meta final que debía marcar la orientación de cualquier realización del Derecho, pero sin que nunca se pudiera alcanzar plenamente, como la estrella polar, que dirige a los navegantes, sin que estos la puedan encontrar en ningún puerto. El derecho natural defendido por Stammler era un derecho natural de contenido variable. El iusnaturalismo se opone a esta concepción pues alega la eternidad e inmutabilidad de este Derecho, sin perjuicio de las leves modificaciones que pueda sufrir para acomodarse a las nuevas circunstancias, siempre y cuando redunde en beneficio del hombre y de su dignidad.

formado por valores que se han ido adquiriendo y tomando conciencia con el paso de la historia.

2. Otra objeción es la de que el hombre es *libre* y, sin embargo, el cumplimiento de esos derechos se le imponen necesariamente. Ciertamente el derecho no tiene otro fundamento que la índole libre del hombre. Basta observar que las violaciones del derecho natural han sido y continúan siendo frecuentes, lo que demuestra que el hombre sí es libre. El derecho natural no implica un derecho que deba cumplirse necesariamente, como si se tratara de una ley biológica. Los derechos naturales versan sobre unos valores cumbre en el orden de los valores humanos y, en este campo, la libertad queda reducida a esa opción de aceptación o rechazo porque existe libertad para cumplir o no con las normas en las que se encierra la defensa y protección de los derechos humanos.

Es erróneo pensar que el contenido del derecho natural se configura como un sistema o código de preceptos susceptibles de una formulación universal e intemporalmente válida sin conexión con la realidad histórica. Por el contrario, es un conjunto de prescripciones concretas que regulan normativamente las formas históricas en las que se realiza la libertad. Como garantía de ésta, posibilitándola, el derecho natural ve contraerse sus preceptos —en sí absolutos, universales e inmutables— a unas formulaciones concretas, a una determinación en preceptos cada vez más enraizados en la historia, sirviendo así de respaldo y de límite al derecho positivo.

3. Otra objeción es la que de que el derecho natural *no es derecho*, puesto que el derecho solamente es legislación positiva, de tal modo que el derecho natural sería derecho propiamente si estuviera recogido en un código, como una ley positiva. Ésta es una concepción muy elemental, y es propio de regímenes absolutistas cerrar los ojos ante el hecho de que muchos pueblos se han regido durante siglos por el derecho consuetudinario, no escrito, o por normas religiosas, si bien hoy en día sucede lo contrario y la ley

es la que reconoce a la costumbre su calidad de norma jurídica. El derecho natural no es un código, es el fundamento de las normas que se recogen positivamente, se trata de fundamentos, contenidos de valor. Entendemos que el derecho natural no es una pura fórmula sin contenido, sino que es una realidad valorativa, siendo la realidad valorativa suprema la persona humana, de forma que los contenidos de justicia natural son el contenido fundamental del derecho natural. El derecho natural tiene contenidos de justicia que a medida que progresa la humanidad se conocen mejor. El derecho natural, por ser auténtico derecho, es criterio normativo de la acción humana que se realiza en el ámbito de la convivencia y su dinámica, es decir, su realización en cada contexto histórico concreto ha de tener siempre en cuenta su objetivo último: el perfeccionamiento de la persona humana, racional y libre, que ha de vivir en un contexto humano social ordenado según criterio de justicia.

De todo lo analizado podemos finalmente deducir cuál sea la relación entre derecho natural y derechos humanos. Como ya hemos indicado, ese conjunto de derechos que tienen su asiento en la naturaleza del hombre y que son exigencias esenciales de la misma, toman su raíz de la dignidad de la persona humana. Son derechos que no son concedidos por la comunidad de la que el hombre singular forma parte, sino que éste es titular de ellos por su condición de hombre, porque es persona. Más todavía, la comunidad política ha de reconocerlos, ha de tutelarlos y ha de hacer que sean reconocidos por todos y que puedan ser efectivamente ejercidos por cada hombre en el seno de la comunidad política. Se trata, en definitiva, de derechos y deberes correlativos que tienen su base de apoyo en la ley natural.

Quedan en el tintero otras muchas fundamentaciones y teorías de conspicuos tratadistas de la temática de los derechos humanos en el panorama filosófico-jurídico actual pero hacer mención de los mismos rebasaría los límites que nos hemos propuesto. Sirvan como muestra los que hasta ahora hemos citado, teniendo presente que la problemática que gira acerca de los derechos fundamentales consti-

tuya un proceso abierto, sometido al diálogo y, por consiguiente, un tema pluralista y enriquecedor. Sea cual fuere la fundamentación que se acepte de los derechos humanos, no debemos dejar que «la memoria del pasado se constituya en proyecto» sino aprovechar el presente en aras de lograr la consecución de unos verdaderos derechos humanos<sup>39</sup>.

NURIA BELLOSO MARTÍN

39 Refiriéndose al tema de los derechos humanos y, en concreto a la situación vivida en Argentina, Luis Alberto Warat señala que «certa forma do presente é depreciada e certa forma do pasado é exaltada (...) Porque uma coisa é ter memoria dos mortos e, outra, é tentar jogar exclusivamente esta memoria como projeto» ('Incidentes de ternura. O ensino juridico, os direitos humanos e a democracia nos tempos de pós-totalitarismo. Ensino juridico: o fracaso de um sonho', en *Direito, Estado, Política e sociedade em transformação*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995, p. 118).