

PECES-BARBA, GREGORIO: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid, Eudema Universidad, 1988. 278 págs.

JESÚS P. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

El auge que en nuestra cultura jurídica está teniendo el estudio de los derechos fundamentales se manifiesta a través de numerosos trabajos y estudios sobre su tratamiento constitucional y su proyección práctica. La mayor parte de estas aportaciones se han realizado desde la filosofía del Derecho, siendo el profesor PECES-BARBA uno de sus máximos exponentes (1).

Reconociendo la absoluta necesidad y amplio desarrollo de estos enfoques, podemos observar —y objetar— una cierta carencia de la perspectiva histórica. Ello, por supuesto, teniendo en todo momento presente que los derechos fundamentales son fruto de la cultura jurídica moderna exclusivamente.

(1) Desde la publicación de su primera obra en 1973: *Derechos Fundamentales*, hoy en su cuarta edición en Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983; han seguido otras obras como *Libertad, Poder, Socialismo*, en Civitas, Madrid, 1978; *Tránsito a la modernidad y Derechos Fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982; *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987 en colaboración con los profesores L. Hierro, A. Llamas y S. Iñiguez de Onzoño, y que quizá en algunos puntos debería tenerse a mano, pues contiene diversos textos jurídicos citados en la obra aquí comentada. Su última publicación es en la interesantísima obra colectiva: MUGUEBZA, J. y otros: *El fundamento de los derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1989. La edición corre a cargo del profesor Peces-Barba y contiene más de 30 artículos de diversos autores sobre el tema objeto del mismo.

En el libro que comentamos se han tenido en cuenta estos factores, y así la primera parte del mismo se ha dedicado a estudios históricos (2) y la segunda a estudios sistemáticos (3), aunque también estos últimos contienen continuas referencias históricas, dando muestra, pues, de que esta perspectiva es inexcusable para cualquier trabajo que quiera abordarse sobre temas de derechos fundamentales.

La exposición es amena y contiene bibliografía muy amplia, pero debemos destacar especialmente las notas, abundantes y muy documentadas, siendo en unos casos de ambientación histórica, en otros, con comentarios sobre temas conexos que ayudan perfectamente a la comprensión del texto (4).

I

En primer lugar, debo destacar los dos ensayos dedicados a la filosofía de la tolerancia en Francia (el primero) y en Holanda, Gran Bretaña y las colonias americanas (el segundo y hasta la publicación de este libro inédito).

Ambos se sitúan en el camino que va de la tolerancia a la libertad religiosa (siglos XVI-XVII) donde se formará el moderno concepto histórico de derechos fundamentales.

El profesor PECES-BARBA se refiere al nivel de la filosofía moral, en cuyo ámbito de deliberación aparece la tolerancia, ya que, como

(2) Contiene los capítulos siguientes: los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987) —pág. 19 y sigs—, *Notas para la filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII* —pág. 119 y sigs.—, *Notas para la filosofía de la tolerancia en Holanda, en Gran Bretaña y en las colonias americanas en los siglos XVI y XVII* —pág. 153 y sigs.—. Los dos primeros, publicados con anterioridad como artículos, ahora ampliados y corregidos.

(3) Contiene los capítulos siguientes: *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales* —pág. 195 y sigs—, *Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia (los derechos fundamentales entre la moral y la política)* —pág. 215 y sigs.—, *Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales* —pág. 227 y sigs.— y *Reflexiones sobre la paz*, pág. 265 y sigs.

(4) Así en la nota 168 se citan más de 50 nombres de autores y sus respectivas publicaciones sobre derechos fundamentales y relativos preferentemente al tratamiento constitucional español.

nos dice, la realidad será muchas veces más sórdida e insensible de lo que los filósofos de la tolerancia pensaron (5).

En Francia las primeras manifestaciones de la tolerancia están todavía situadas en una perspectiva medieval de unidad —es la obra de los humanistas, que tienden sólo a la conciliación religiosa—, pero la verdadera justificación de la tolerancia y la defensa de su organización jurídica es obra de los llamados «políticos» que «remiten para más tarde, si es que no renuncian al ideal de la unidad cristiana: quieren unir a católicos y protestantes en otro plano, en el del interés cívico y nacional» (6), históricamente los segundos suceden a los primeros.

Por ello, en el referido ensayo, se comienza por la obra de los que por métodos pacíficos pretenden mantener la amenazada unidad: Guillaume Postel o Michel de L'Hopital y se cierra con el fracaso del Coloquio de Poissy (1561). Este fracaso abre el camino a la justificación secularizada propia del mundo moderno (7), ya la organización político-social no tendrá que pasar por el principio unitario en materia religiosa: El Edicto de Amboise (1563) y sobre todo el Edicto de Nantes (1598) de Enrique IV, y su influencia es recogida en el libro con la importancia que merece: las apologías, la revocación y las reacciones frente a la revocación (8).

En Holanda la problemática de la tolerancia se complicará por la cuestión nacional, la resistencia a los españoles y, sobre todo, por

(5) Continúa diciendo que «por eso su implantación real en la sociedad no ha concluido todavía hoy, a fines del siglo XX». Quizá lo que todavía no se haya implantado es la realidad y la idea del pluralismo frente a la de unidad.

(6) Pág. 122.

(7) En el libro se pueden leer los enfoques sobre la tolerancia de personas y autores destacados como S. CASTELLÓN, J. BODINO, F. DE LA NOUE o los monarcómanos. La sátira menipea también tiene su reflejo en la obra.

(8) Así PIERRE BAYLE, que con tesis muy modernas defiende la libertad de conciencia como derecho fundamental de todos los hombres. La argumentación de BAYLE se sitúa en la perspectiva del pactismo. PECES-BARBA realiza una exposición sugerente, pues nos presenta a un BAYLE precedente de hombres como KELSEN y su justificación relativista de la democracia en el siglo XX (pág. 149). No es coincidente con RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre moral y Derecho a principios del XVIII*, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 4, Madrid, 1988.

la intransigencia, tanto de Felipe II como de los partidarios de las Iglesias y sectas reformadas.

En este estudio el profesor PECES-BARBA se extiende en los autores que llama «menores», todos o casi todos próximos a los «políticos» franceses y con concepciones de los derechos fundamentales como derechos naturales, para detenerse especialmente en Coornhert (9) y Grocio (10).

En Gran Bretaña las posiciones partidarias de la tolerancia son los católicos y los representantes de las sectas protestantes discrepantes de la Iglesia oficial Anglicana como los anabaptistas, baptistas y puritanos (11).

Entre los autores reflejados están, como no, TOMÁS MORO —autor que sorprende por su modernidad como destaca PECES-BARBA— o WILLIAM ALLEN. Lo más destacable de ALLEN es su ataque al «ius circa sacra», y su referencia a la necesidad de límites del poder como medio de garantizar la tolerancia y el derecho a la autonomía de la Iglesia.

Hay abundante relación de obras y autores tanto baptistas como católicos.

En las Colonias Americanas no falta la referencia a Roger Williams, fundador de Providence, en Rhode Island (1636) donde crea un sistema político y religioso liberal, escribiendo, como dice LECKER

(9) En COORNHERT se muestra la influencia de Erasmo y del humanismo cristiano en la implantación de la tolerancia y de la libertad religiosa en los Países Bajos, sin que se pueda tampoco despreciar la influencia sobre él del espiritualismo místico de Sebastián Franck (pág. 158 y sigs.).

(10) La exposición de ambos autores las recoge ampliamente y son de indudable valor, pues el primero es escasamente conocido (escribió en neerlandés y sólo fraccionariamente ha sido traducido al español) y las obras que se recogen del segundo son aspectos inéditos para la inmensa mayoría de los juristas que conocen otros aspectos de Grocio.

(11) Recordemos cómo la persecución a los católicos contemplaba una ley como la de 1563 que asimilaba la defensa de la Santa Sede con el delito de Alta Traición o los «Text Act» de 1673 y de 1678, votados durante el asunto de Titus Oates, y que impidió el acceso a la condición de parlamentario a los católicos. Solamente desapareció esta prohibición en 1829.

«una verdadera summa sobre la libertad de conciencia y sobre la naturaleza de los poderes del Estado» (12).

II

Dentro de los estudios históricos, el profesor PECES-BARBA recoge las aportaciones universitarias y académicas fundamentalmente de profesores de filosofía del Derecho, en la cultura jurídica española desde 1908 (13) hasta la actualidad. No se puede decir que estemos ante un rápido vistazo, sino al contrario, ante una profunda meditación sobre estas aportaciones. Son cien páginas centradas en problemas de fundamentación y de teoría general de los derechos fundamentales.

Sobre las aportaciones anteriores a la guerra brillan especialmente dos: la de los socialistas BESTEIRO y FERNANDO DE LOS RÍOS (14) que aproximan el pensamiento que ellos sustentaban a la perspectiva de los derechos fundamentales —defensa de la libertad y del cauce de la democracia, de la Constitución y de los derechos fundamentales para el socialismo— posibilitando, además, una teoría jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales que se incorporarían a los viejos e irrenunciables derechos liberales; y la preocupación histórica de autores como MARTÍNEZ MARINA, DANVILA, HINOJOSA, ALTAMIRA y especialmente RIAZA que con una mentalidad moderna expone que los derechos fundamentales son un concepto histórico y, lógicamente, no comparte las posiciones de aquellos que pretenden encontrar una continuidad entre los textos medievales y los modernos, con la peculiar —y discutible— excepción británica.

Desde la finalización de la guerra quizá destaque las aportaciones de los profesores en el exilio: RECASENS y JIMÉNEZ DE ASUA, que supo ver la relación Poder-Derecho con claridad, pues en el «inte-

(12) Sacerdote católico que contestó en 1584 a WILLIAM CECIL, autor de una apología del poder de la reina Isabel y que escribió ante el escándalo provocado en Europa por la represión inglesa de los disidentes religiosos.

(13) Este capítulo comienza en 1908 con los trabajos de POSADA sobre la obra de JELLINEK, y su polémica con BOUTMY sobre la declaración de derechos del hombre y del ciudadano.

(14) F. DE LOS RÍOS dirá que la gran cuestión para el socialismo está en insertar todas sus reivindicaciones económicas dentro del sentido de la libertad.

rior» aunque no faltan estudios como los de PÉREZ SERRANO, LEGAZ, CASTÁN, etc. hasta los años sesenta-setenta no hay aportaciones importantes, que van aumentando paulatinamente con el desarrollo económico y una cierta apertura del régimen hasta la Constitución de 1978 en que cambia, obviamente, la situación.

De los años sesenta-setenta debemos destacar aportaciones muy señaladas: GONZÁLEZ CASANOVA, «...una simple declaración que no tenga efectividad jurídica... en realidad, se trata de una variante cínica de la opresión» (15); TRUYOL que en un interesante estudio destaca cómo el origen de los derechos fundamentales aparece conectado con la aparición del Estado y como límites a su poder (16); GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ que señalan cómo la Constitución, como norma jurídica suprema, es el marco adecuado para la positivación de los derechos fundamentales; GARCÍA PELAYO, FERNÁNDEZ-GALIANO y una larga enumeración de autores de todas las disciplinas jurídicas son objeto de atención por el profesor PECES-BARBA, con comentarios que en ocasiones son muy acertados; así su desacuerdo con las tesis que pretenden mantener un residuo iusprivatista en el ámbito de los derechos fundamentales sobre la base de la muy discutible distinción entre Derecho público y Derecho privado, y en otras ocasiones serán más polémicas, así coincidiría más con el profesor PÉREZ-LUÑO al considerar importante la contribución de los teólogos y juristas de la escuela española de los siglos XVI-XVII a la afirmación de los derechos humanos que con el profesor PECES-BARBA que no está convencido de ello y que le parece una supervaloración (17).

Voy a centrarme en uno de los puntos de más valor del libro que comentamos: son las reflexiones del profesor PECES-BARBA sobre su propia obra y sobre la del profesor ELÍAS DÍAZ. Podemos observar un enorme paralelismo y gran coincidencia entre ambos catedráticos de filosofía jurídica madrileños. Así, ambos destacan la historicidad del valor justicia; para ambos existe una ineludible interconexión entre libertad e igualdad de tal manera que los obstáculos a una, lo son también a la otra y viceversa; para ambos

(15) *Los Suplementos*, Edicusa, Madrid, 1968.

(16) *Los derechos humanos*. Tecnos, Madrid, 1968.

(17) Así en las págs. 89 y 101.

«filosofía democrática» y derechos humanos están entrelazados; y ambos nos llevan a una conclusión no exenta de polémica «el liberalismo conduce así coherentemente al socialismo» (18).

Este diálogo atrae poderosamente. Quizá llame la atención el intento —no sé si es útil o inútil— de evitar la introducción de ningún elemento iusnaturalista en su discurso, en cualquier caso el autor salva que sus concepciones sean tachadas de iusnaturalistas. El diálogo goza de unos tonos elevados con afirmaciones categóricas de fácil adhesión como el vincular los derechos fundamentales con el Poder —son expresión de la Soberanía Popular y por ende, de la legitimidad del Estado democrático— y otras no tan claras, como el considerar «desfundamentalizados» ciertos derechos de imposible contenido igualitario, como el derecho de propiedad.

Terminamos esta parte del libro señalando la claridad de la exposición, y la concisión en las críticas que realiza a las tesis de los autores recogidos en este capítulo.

III

Dentro de los estudios sistemáticos encontramos reflexiones sobre cuestiones básicas en la problemática de los derechos fundamentales.

A. En primer lugar, destacamos que la concepción de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (19) cuestionan, claramente, el concepto tradicional de derechos humanos tal y como fue concebido por el iusnaturalismo racionalista individualista, y ello en buena medida se debe a los impulsos del socialismo democrático.

Ante ello, la tesis del profesor PECES-BARBA sería, a mi modo de ver, que los derechos humanos no pueden, ser concebidos como

(18) Ambos «contestan» a los liberales que elogian la libertad, pero rechazan la igualdad. PECES-BARBA habla de la «libertad de contenidos igualitarios».

(19) PECES-BARBA, asumiendo su concepción de los derechos fundamentales como concepto histórico del mundo moderno, considera que no se puede hablar de derechos económicos, sociales y culturales, sino con la organización económica precapitalista —y capitalista—, ni tampoco sin la idea del poder político del Estado, ni sin los rasgos fundamentales de la cultura moderna, individualismo, racionalismo, naturalismo, etc.

inhibición del Estado frente a los derechos sagrados del individuo, previos al Estado, sino que habrá que concebirlos, en buena medida, como intervención de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades humanas (función promocional del Derecho).

A lo largo de estas páginas PECES-BARBA se preocupa por construir una teoría completa de los derechos económicos, sociales y culturales. Para él es claro que no pueden separarse los derechos de libertad (acento en derechos civiles y políticos) e igualdad (acento en derechos económicos, sociales y culturales). La clave, indudablemente, está en conseguir armonizar ambos valores (20), y la solución en reformular unitariamente el concepto de derechos fundamentales frente a toda tesis separatista.

B. El autor mantiene en este libro su ya conocida teoría dualista. Critica la posición iusnaturalista resaltando lo difícil que es toda formulación ahistórica e inmutable «esa construcción iusnaturalista parte de una gran ilusión, de un intento imposible...» (21), para continuar criticando al positivismo «...los derechos fundamentales no pueden seriamente enraizar en una concepción positivista cerrada que identificase los problemas de la justicia con la realidad del Derecho puesto por el poder con independencia, por consiguiente, de sus contenidos» (22).

En consecuencia, PECES-BARBA considera que existen dos niveles, uno primero que llamaría filosofía de los derechos fundamentales —ámbito de los valores morales— y uno segundo, en el que los derechos salen del ámbito racional de la moralidad y, asumidos por

(20) Según el autor, para un liberalismo ortodoxo no es posible la armonización señalada. Para un socialismo totalitario no podemos construir igualdad en libertad. «Precisamente —dirá— la teoría de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales es la superación, impulsada por el socialismo democrático, de la contradicción entre el liberalismo ortodoxo y el socialismo totalitario» (pág. 205). En orden a esta concepción del socialismo, PECES-BARBA ve que a impulsos de la solidaridad —la fraternidad revolucionaria francesa— se deben incorporar al Ordenamiento nuevos derechos cuyos destinatarios son todos los ciudadanos. También el impulso solidario exige que cada vez más las estructuras jurídicas sean de integración y no de subordinación.

(21) Pág. 216.

(22) Pág. 218.

el poder democrático, se convierten en Derecho positivo, con lo que podemos hablar de derechos fundamentales (23). Esta concepción queda clara en la siguiente frase: «los derechos fundamentales son Derecho positivo que se genera en la moral del humanismo, de la libertad igualitaria y que la política democrática del Estado de Derecho asume e integra en su Ordenamiento jurídico» (24).

C. Como tercer punto, y a modo de conclusión, debemos recordar que para el autor la dimensión histórica es imprescindible para entender el sentido de los derechos fundamentales. Precisamente al abordar el fundamento (25) considera que la justificación racional de los derechos humanos como moralidad no puede ser ahistórica, como no lo es tampoco la razón. «La razón es siempre un punto de vista situado en el tiempo y en el espacio, aunque con vocación de explicación general y trascendente y «sería un error de nuestro tiempo pretender también hacer nosotros de una razón ahistórica el instrumento de una fundamentación con vocación de eternidad» (26).

Por último, señalar que el reciente Rector de la Universidad Carlos III presenta un «programa a cumplir para una completa consideración de (un) concepto histórico, de su génesis y de su evolución». Es un destacado triple recorrido histórico al que dedica gran parte del capítulo: «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales» en el que considera que sólo sobre la base de integrar este factor hay posibilidades de acertar en una fundamentación ética (27).

(23) «El término derechos morales o la afirmación de DWORKIN de que los derechos son triunfos frente al poder, intenta obviar esta relación. No se puede prescindir del poder para llegar a una visión integral de los derechos» (pág. 223).

(24) Pág. 226.

(25) Es especialmente interesante el coloquio que el profesor PECES-BARBA mantiene con los también profesores EUSEBIO FERNÁNDEZ, A. E. PÉREZ LUÑO y LIBORIO HIERRO, donde con más énfasis vuelve a criticar la terminología «Derechos morales», pues «nos vuelve al iusnaturalismo» y «vuelve a unir términos como Derecho y moral» (pág. 230), en cualquier caso considera que la terminología presenta muchos más inconvenientes que ventajas.

(26) Págs. 263-264.

(27) En primer lugar examina la evolución de los factores económicos, sociales, culturales y políticos que explicaron el origen histórico de los derechos; en segundo lugar, la evolución del pensamiento en el campo de los

En definitiva, estamos ante una obra que no sólo es muy estimable porque expresa claramente las ideas del autor junto con las de otros contemporáneos suyos o anteriores a él; sino también por suponer una aportación sobresaliente a los estudios históricos y sistemáticos sobre derechos fundamentales realizados en lengua española donde se pueden encontrar recogida, sistematizada y comentada una abundante bibliografía, folletos, artículos y obras hasta ahora poco conocidas o apreciadas (28). Todo ello ha hecho difícil la crítica a un libro que cumple sobradamente los fines propuestos.

derechos humanos y en último lugar, la consideración de la incorporación al Derecho de esos valores, de esos ideales éticos, de la necesidad de la satisfacción de las necesidades fundamentales, lo que desemboca en la consideración del Poder y su positivación.

(28) Quizá por ello se echa especialmente en falta un índice onomástico, pues en un libro de estas características hubiera sido especialmente útil.