

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA TEORIA DE LA JUSTICIA Y A LOS DERECHOS HUMANOS

IGNACIO ARA PINILLA

Si hace ya algún tiempo señalaba EUSEBIO FERNÁNDEZ que «algo importante ha cambiado en la filosofía del derecho español y que corren nuevos aires esperanzadores y prometedores para esta disciplina, la Filosofía del Derecho, hasta hace pocos años, y con escasas y notables excepciones, anclada en el más puro y tradicional iusnaturalismo, que además se había convertido en el paradigma oficial de la asignatura» (1), pienso que la publicación de este libro (2) constituye la mejor prueba del asentamiento de ese espíritu en el que el impulso renovador no contradice en absoluto las exigencias del rigor en la investigación, aun cuando, paradójicamente, y pese a lo que pudiera deducirse en una primera lectura del párrafo transcrito, los recelos que en él suscita, a pesar del reconocimiento de la importancia de su función histórica, la expresión Derecho natural (3), no menoscaban la posibilidad de reivindicar su sentido como conjunto de valores superiores a los que debe subordinarse el orden jurídico positivo, aunque se trate de un iusnaturalismo

(1) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *recensión a Liborio Hierro. El realismo. Una teoría empirista del Derecho*, en «Sistema», núm. 49, julio 1982, págs. 145-146.

(2) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984.

(3) Puestos de relieve al indicar que: «Por mi parte, añadiría que me plantea problemas la aceptación sin matizaciones del significado literal, que es el tradicional del término Derecho Natural. Sin embargo, estoy de acuerdo con la función y con la aspiración ética que históricamente han venido representando las teorías iusnaturalistas» (*op. cit.*, pág. 39).

bastante diferente al que, sin estériles dogmatismos, pero con firme convicción, critica el autor (4).

En este contexto no resulta difícil detectar la consideración inequívocamente positiva que ha de merecer la presente obra en cuya determinación del haber destaca ya como primer punto a considerar la propia elección de los temas que configuran su contenido. Y es que, efectivamente, cuando cada vez se hace más acusada la tendencia, por otra parte lógica, e incluso aconsejable, a analizar temas monográficos, cuyos límites, si no claramente determinados, sean cuando menos perceptibles, como forma adecuada para alcanzar gradualmente una visión omnicomprendensiva de la disciplina, es obligado felicitar por la publicación de una obra que afronta directamente algunos de los temas nucleares de la misma, en los que resulta frecuentemente movedizo el suelo que se pisa, y cuyo tratamiento suele ser, a menudo, eludido por quienes, con buen criterio, adoptan la cautela de no correr el riesgo de enterrarse definitivamente en él.

No es éste, desde luego, el caso que nos ocupa, en el que el autor, sirviéndose de una rica y abundante bibliografía, y con un espíritu abierto y dialéctico que, en más de una ocasión, le ha permitido, en la mejor prueba del compromiso con la autosuperación que caracteriza y dignifica al auténtico investigador, revisar sus propias posturas —habida cuenta de que algunos de los capítulos que componen este volumen ya habían sido publicados anteriormente en forma de artículos de revista— no solamente consigue

(4) *Ibidem*, págs. 41-42: «En definitiva, deseo, por un lado, reivindicar la importante función histórica del Derecho natural, la univocidad histórico-funcional del iusnaturalismo, como fundamento y valoración crítica del Derecho positivo. Por otro lado, propongo que el término Derecho natural sea entendido como ética jurídica material..., es decir, como valores superiores al Derecho positivo a los cuales éste debe estar subordinado. En este sentido, no creo que pueda hablarse... de fracaso del modelo iusnaturalista, salvo que la referencia incluya exclusivamente al Derecho natural tradicional u ontológico. Pienso que el iusnaturalismo deontológico (Derecho natural entendido como deber ser del Derecho o Derecho ideal) es una teoría complementaria del positivismo (conceptual o metodológico) y no su oposición, y que esta tercera vía superadora de la tradicional contraposición iusnaturalismo-positivismo, abre una interesante perspectiva para la Filosofía del Derecho».

salir airoso del difícil reto que se plantea, sino que elabora una tesis fundada cuya referencia se hará inexcusable para el adecuado tratamiento de los temas clásicos de la disciplina.

Tampoco puede extrañar que una obra de semejantes características ofrezca —surja con la intención de ofrecer— lugar al encuentro de posiciones enfrentadas, que, en muchos casos, pueden incluso llegar a resultar irreconciliables. Bien consciente de ello es EUSEBIO FERNÁNDEZ, quien no duda en profundizar en problemas ni en adelantar soluciones que de antemano sabe que, desde diferentes planteamientos epistemológicos, serán criticadas con el mismo entusiasmo con que no faltará quien, seducido por su convincente y pulcra línea argumental, tenderá a asumir de forma inmediata sus propuestas. No ha sido, precisamente, este acriticismo la nota característica del planteamiento de nuestro autor, quien confesando humildemente, en ocasiones, sus deudas intelectuales, y apoyándose explícitamente, en otras, en citas de autoridad, ha sabido, sin embargo, mantener posturas autónomas, en su estimulante intento por mejorar los términos de la antítesis iusnaturalismo-positivismo (5) huyendo así del fácil expediente que supone la adscripción a alguna de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico.

En buena medida, esta encrucijada de actitudes doctrinales ha encontrado tradicionalmente su sede a la hora de determinar cuál es el propio concepto que se pueda tener acerca de la filosofía del derecho, porque si «ya es en sí mismo una cuestión filosófica que es importante en la filosofía jurídica» (6) tanto más controvertible habrá de resultar la cuestión relativa al concepto y al estatuto que haya de atribuirse a la misma.

(5) Puesto que, como ha señalado en otro lugar: «El teórico del derecho contemporáneo no puede dejar de aceptar muchas tesis del positivismo jurídico, de la misma forma que no puede dejar de criticar sus excesos. La alternativa no es iusnaturalismo versus positivismo o positivismo versus iusnaturalismo, sino iusnaturalismo y positivismo como teorías complementarias en lo que de válido y vigente tienen ambas como descripción y comprensión del fenómeno jurídico» (EUSEBIO FERNÁNDEZ, *recensión a Andrés Ollero: Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 33, nueva época, mayo-junio, 1983, pág. 279).

(6) RONALD DWORKIN, *Problemas abiertos en la filosofía del derecho*, traducción al castellano de Albert Calsamiglia, en *Doxa. «Cuaderno de Filosofía del Derecho»*, núm. 1, 1984, pág. 79.

Pues bien, a afrontar este primer tema, condicionante de los demás de la filosofía jurídica, o, al menos, de su adscripción a semejante marco académico, EUSEBIO FERNÁNDEZ dedica el primer capítulo de su obra (*Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica*, cuya primera edición fue publicada en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 64, 1982, págs. 7 a 24) en el que parte de la sucesiva elucidación del significado de las expresiones «filosofía» y «derecho», con el fin de delimitar, en un momento posterior, el contenido que pueda atribuirse a la síntesis que tales términos componen.

Al respecto, argumenta el autor la vigencia presente y futura de la filosofía, resumible en la clásica idea de que «mientras haya problemas filosóficos habrá filosofía» (7), lo que explica su pervivencia como reflexión crítica en el doble ámbito representado por los problemas que produce tanto la vida humana como también el conocimiento científico. Por su parte, la caracterización del derecho como obra humana social e histórica y como sistema normativo de la vida social, que comporta su triple dimensión como norma, hecho social y valor lleva al autor a concebir a la filosofía del derecho como una disciplina filosófica cuyo objeto está constituido por la globalidad del fenómeno jurídico, y cuyos apartados temáticos corresponderían a la teoría del derecho, entendida como ontología jurídica, a la teoría de la ciencia jurídica, y a la teoría de la justicia, que vendrá calificada como «el tema central y la rama fundamental de la filosofía del derecho» (8), y que aludirá tanto a los valores del derecho vigente como a los valores del derecho ideal.

Coherentemente con esta visión de la Filosofía jurídica, será a este tercer apartado al que EUSEBIO FERNÁNDEZ dedicará una atención preferente, destacando en él la dificultad que plantea su carácter emotivo, en conexión con la imposibilidad de hacerlo objeto de conocimiento científico y el relativismo inherente a cada una de las teorías de la justicia y abogando por la utilización de esos «criterios mínimos de racionalidad práctica» (9) que se resumen en la satisfacción de las elementales necesidades expresadas en los

(7) *Ibidem*, pág. 15.

(8) *Ibidem*, pág. 31.

(9) *Ibidem*, pág. 38.

valores representados por la seguridad personal, la igualdad moral y jurídica, la libertad igual y el bien común, que, en la actualidad, aparecen plasmados en el concepto de derechos humanos fundamentales (10).

Son muchas las cuestiones que las sugestivas páginas que componen este capítulo abren al lector, puesto que la tan decidida como razonada acuñación de la postura del autor sobre un tema cuya amplitud e importancia escapan a cualquier duda no soslaya la existencia de planteamientos doctrinales de signo diverso, lógica consecuencia del pluralismo metodológico que parece inherente a la propia historia de la disciplina, que explica que, con razón, se

(10) Obsérvese que no es arbitraria la utilización de esta terminología por parte de EUSEBIO FERNÁNDEZ, quien en el tercer capítulo de la obra se plantea este tema, llegando a la conclusión de que «la expresión que me parece más adecuada y que creo que mejor delimita la situación teórica de los derechos humanos es la de derechos fundamentales del hombre. Con ella se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el Derecho y el poder político sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Pero al mismo tiempo se quiere subrayar que esos derechos son fundamentales, es decir, que se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad» (op. cit., pág. 78). Acerca de este problema terminológico pueden consultarse además los análisis realizados, entre nosotros, por MANUEL ATIENZA, *Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico*, en AA.VV. *Política y derechos humanos*, Fernando Torres, editor, Valencia, pág. 17; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, 3.^a ed. revisada y actualizada por M.^a Luisa Marín Castán, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1985, págs. 7-11; GREGORIO PECES-BARBA, *Derechos Fundamentales*, Servicio de Publicación de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 13-14; ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Delimitación conceptual de los Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, págs. 21-51, y *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, págs. 44-47.

En cualquier caso vale la pena señalar que no siempre se ha considerado al dato de la fundamentalidad como característica inherente de los derechos humanos, como lo prueba la distinción entre derechos humanos y derechos humanos fundamentales a que alude Theodoor C. VAN BOVEN, *Criterios distintivos de los derechos humanos*, en la obra colectiva. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I. Karel Vasak. Editor General; traducción al castellano de Hermes Sabaté y M.^a José Rodellar, Serbal, Madrid, Barcelona, 1984, págs. 77-85.

haya podido decir que «la filosofía del derecho aparece como un saber jurídico discutible por su propia naturaleza» (11). Y es que el tema a tratar constituye, en efecto, la encrucijada en la que convergen, con sus propios condicionamientos, inspirados en una u otras corrientes del pensamiento jurídico, todas aquellas doctrinas que, más o menos expresamente, pretendan trabajar en el ámbito de la filosofía jurídica, determinando, en buena medida, la divergencia entre las conclusiones a que haya de llegar cada elaboración teórica.

Particularmente sensibilizado con la consecución, complementaria con respecto a su concepto de la filosofía del derecho, de unas «oportunidades de vida humana más libre e igualitaria» (12), la tesis que estamos examinando, basada en su transparente opción por las teorías de la legitimidad crítica (ELÍAS DÍAZ) y de la función promocional jurídica (NORBERTO BOBBIO), responde con brillantez a las expectativas de cualquier estudioso del Derecho, crítico frente a los dogmas incuestionados, que, como sucede en el caso de EUSEBIO FERNÁNDEZ, crea tanto en las posibilidades de la razón y en los frutos que, también en este ámbito, proporciona el contraste de opciones, como en la necesidad de optar por soluciones concretas en cuestiones que no pueden resultar pacíficas.

En este terreno, resulta también singularmente elogiable la seguridad con que el autor afronta el controvertido problema del estatuto metodológico de la teoría general del Derecho, que en la tesis de EUSEBIO FERNÁNDEZ se constituye, «más bien como una rama de la ciencia jurídica» (13), diferenciándose así de la teoría del Derecho u ontología jurídica, que, por su parte, tendría como objetivo la determinación del ser del Derecho. No creo que pueda resultar censurable una opción como la que realiza EUSEBIO FERNÁNDEZ, que, por otro lado, coincide en este punto con buena parte de la mejor doctrina sobre el particular. Con todo, pienso que la tesis contraria —la rehabilitación del carácter filosófico de la teoría general del

(11) NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, *Filosofía del Derecho*. Editorial Comares, Granada, 1985, pág. 17.

(12) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, cit., pág. 13.

(13) *Ibidem*, pág. 28.

Derecho— cuenta a su favor con argumentos suficientemente relevantes como para otorgarle nuestra preferencia.

Así, ya de entrada disponemos de un argumento de funcionalidad teórica, que aludiría a la necesidad de superar lo que se ha denominado como los «reinos de taifas de las ciencias jurídicas parciales» (14), que, por su carácter limitado en su alcance se ven imposibilitadas para elaborar conceptos jurídicos generales, a los que, lógicamente, debe corresponder un ámbito de actuación más amplio, válidos, en última instancia, desde la perspectiva de cada una de las ciencias del Derecho, con la consecuencia adicional de la introducción de dosis de confusión en lo que debiera de constituir puntos de partida de general aceptación, provocando, de esta manera, que los diferentes ensayos de elaboración de conceptos pretendidamente generales acaben disolviendo, en realidad, las posibilidades de edificar una auténtica teoría general sobre el derecho (15). No ha faltado tampoco quien, con buen criterio, ha detectado la fisonomía necesariamente filosófica de la teoría general del derecho en la abstracción y generalidad que suministra el carácter histórico del fenómeno jurídico (16), frente al carácter empírico que debe corresponder a la ciencia jurídica.

Pienso que estos argumentos expresan ya suficientemente las razones de nuestra preferencia por el estatuto filosófico de la teoría general del derecho frente a la opción por su carácter científico, desde una concepción teórica que identifique al derecho con el derecho válido, prescindiendo, de esta forma, de cualquier concordancia con un hipotético derecho natural a la hora de atribuir la patente de juridicidad. Pero es más, liberándonos de cualquier prejuicio teórico sobre el particular, advertimos con claridad que ésta no ha sido precisamente una tesis pacífica a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, puesto que no han faltado tampoco quienes han sostenido abiertamente el carácter jurídico del

(14) GREGORIO PECES-BARBA, *Reflexiones sobre la Constitución española desde la filosofía del Derecho*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 61, 1980, pág. 96.

(15) MICHEL MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspéro, París, 1976, pág. 16.

(16) GREGORIO PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2.ª ed. Editorial Debate, Madrid, 1984, pág. 185.

derecho natural, llegando incluso a identificarlo, en ocasiones, con el auténtico derecho. Pues bien, parece evidente que si partimos del diferente grado de generalidad que puede ser asumido por las diversas teorías generales del Derecho, aun advirtiendo de antemano que el nivel de la extensión se encuentra en una relación inversamente proporcional con respecto al de la intensidad de las teorías jurídicas (17), habrá que concluir que la perspectiva iusnaturalista que, aunque no es, desde luego la que goza de nuestra preferencia, sí debemos cuando menos respetar si queremos eludir cualquier prejuicio teórico, nos conduce inequívocadamente a la atribución del mencionado carácter filosófico inherente al, por otra parte, hipotético derecho natural.

Tampoco creo, por lo demás, que la opción por la perspectiva positivista pueda originar resultados de signo diferente, puesto que la misma no puede menoscabar la idea general de que «cuando la teoría general del derecho se presenta como teoría de la estructura conceptual de todo derecho posible, entonces estamos ante una verdadera filosofía del derecho, aunque se trate de una filosofía del derecho "sui generis", que no quiere reconocerse como tal» (18), siendo indiferente al respecto que dentro del mencionado «todo derecho posible» incluyamos también al derecho natural o nos limitemos al derecho positivo, en definitiva, que elaboremos una filosofía del derecho iusnaturalista o una filosofía del derecho positivista (19). Y ello no ya sólo por la generalidad y la abstracción propias de cualquier teoría general, tanto más cuando la misma

(17) Puesto que, como bien ha expresado LUIGI FERRAJOLI, en *La semantica della teoria del diritto*, en la obra colectiva *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Studi dedicati a Norberto Bobbio (a cura di Uberto Scarpelli), Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pág. 82: «ésta —la extensión de la teoría— ha quedado a la libre elección del teórico, y varía en cada caso, conforme a un conocido principio lógico, inversamente a la intensidad de la teoría».

(18) JOSÉ DELGADO PINTO, *Los problemas de la filosofía del derecho en la actualidad*, en el número dedicado a *La Filosofía del Derecho en España*, de los Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pág. 33.

(19) No duda al respecto JOSÉ DELGADO PINTO en señalar que «ocurre, por ejemplo, con la Teoría pura del Derecho de Kelsen que, pese a sus protestas, constituye una verdadera Filosofía del Derecho, una Filosofía del Derecho positivista» (op. cit., pág. 34).

toma un objeto tan diversificado en el espacio y en el tiempo como sucede en el caso del fenómeno jurídico, sino también, en nuestra opinión, por la imposibilidad de prescindir absolutamente, a la hora de teorizar, de elaborar los conceptos fundamentales del derecho, de planteamientos legitimantes o del contenido de valor que pueda comportar el derecho positivo, sobre todo desde una perspectiva promocional del mismo, como la que firmemente defiende EUSEBIO FERNÁNDEZ, o de reconocimiento del significado integrador que adorna a los valores superiores del ordenamiento jurídico, puesto que, como ha expresado GREGORIO PECES-BARBA, aunque la opción por la fórmula de los valores superiores en la Constitución española (pienso que esta tesis resultaría, por otra parte, extensible a otros hipotéticos ordenamientos jurídicos que introdujeran o hayan introducido en sus disposiciones constitucionales la formulación de ideales «propugnados», a alcanzar por el conjunto del ordenamiento) no supone optar por una tesis necesariamente iusnaturalista, sin embargo, «los valores superiores tienen un contenido conceptual que no se agota en su perspectiva normativa, sino que excede de la misma y hunde sus raíces en el campo de la moralidad» (20).

A mayor abundamiento, creo que la prevalente opción metodo-

(20) GREGORIO PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 36.

(21) Piénsese, al respecto, en las consideraciones de NORBERTO BOBBIO en *Naturaleza y función de la filosofía del derecho en Contribución a la teoría del derecho*, traducción al castellano de Alfonso Ruiz-Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, pág. 97, al indicar que: «se entiende que la preferencia hacia las obras de los juristas que se elevan a la filosofía más que hacia la de los filósofos se rebajan hasta el mundo del derecho, revela la preferencia por un método, o mejor, por un cierto estilo de trabajo, que es más fácil encontrar en la obra de los primeros que en las de los segundos: lo que caracteriza a este estilo de trabajo es la primacía dada al análisis sobre la síntesis, primacía fundada en la convicción de que, aun siendo análisis y síntesis momentos necesarios de toda investigación, es siempre preferible un análisis sin síntesis (lo que se les reprocha a menudo a los juristas filósofos) que una síntesis sin análisis (que es el vicio común a los filósofos juristas), al procurar el primero al menos buenos materiales para construir y al construir la segunda casa de arena a las que nadie iría de buena gana a vivir». Véase también, al respecto, GREGORIO PECES-BARBA, *Comentario al libro de Eduardo García de Enterría, «Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho»*, «Revista Española de Derecho Constitucional», número 11, mayo-agosto 1984, págs. 249-250.

lógica por la filosofía del derecho de los juristas frente a la filosofía del derecho de los filósofos (21) refleja perfectamente la preferencia por la opción del estatuto filosófico de la teoría general del derecho, en la medida en que, siendo esta parte integrante de la reflexión filosófico-jurídica, parece evidente la necesidad de que sean los juristas, concededores, en definitiva, del derecho positivo, quienes, partiendo de este dato preliminar, puedan elaborar seriamente la teoría general jurídica, y, a partir de ella, la reflexión filosófica sobre el derecho.

Hay que advertir, por lo demás, que la formulación de estas matizaciones no puede suponer, en ningún caso, una objeción en cuanto al rigor del excelente trabajo que analizamos, puesto que la tesis de EUSEBIO FERNÁNDEZ resulta perfectamente coherente con su concepción general de la filosofía en la que «su núcleo básico es la reflexión crítica sobre los problemas del conocimiento y de la acción humana, en permanente contacto con los métodos y resultados de las distintas ciencias» (22), y con el planteamiento filosófico, hoy predominante, tendente a la superación de las filosofías globalistas, con lo que ello supone de liberación para el adecuado progreso de las ciencias sociales (23).

Lejos de ello, creo que el problema del estatuto, filosófico o científico, de la teoría general del derecho constituye uno de los puntos centrales de la reflexión jurídica en los que, ante la disparidad de opiniones existentes acerca de su posible solución, no parece muy prudente formular tesis con pretensiones de definitividad, y sí, por el contrario, introducir argumentos, como muy bien hace EUSEBIO FERNÁNDEZ y como han pretendido obrar estas líneas, para clarificar lo que hoy parece terreno abonado de lo irresoluble.

Una vez delimitada su concepción acerca de la filosofía del derecho, emprende EUSEBIO FERNÁNDEZ, en el segundo capítulo de su obra (*Las relaciones entre el derecho y la moral en H. Kelsen y H. L. A. Hart*), el análisis de la conexión entre el derecho y la moral, cuya comprensión supondrá el presupuesto para la definición

(22) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos humanos*, cit., pág. 18.

(23) UBERTO SCARPELLI, *Introduzione a Diritto e analisi del linguaggio* (a cura di Uberto ScarPELLI), Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pág. 30.

del concepto del derecho. Para ello, partiendo de la necesaria relación entre ambos términos y de la insatisfacción que le provocan al respecto tanto el iusnaturalismo tradicional como el positivismo jurídico, elabora su tesis sobre la base de las concepciones kelseniana y hartiana. En lo que hace referencia a la primera, crítica, por una parte, la ecuación entre la vía de la conexión moral-derecho y la opción por una moral absoluta, así como la consideración de que el relativismo axiológico constituye la única alternativa al absolutismo moral, provocando en consecuencia, tanto la revisión de la tesis del relativismo moral, como la del propio concepto kelseniano de racionalidad, y su idea de la ciencia y del conocimiento científico. Con respecto a la segunda, centra su análisis en ese «interesante y nada despreciable punto de encuentro entre la moral y el derecho» (24) que nos proporciona el contenido máximo del derecho natural, especificado en la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada y la limitación en el altruismo, en los recursos y en la comprensión y fuerza de voluntad, para cuestionarse, a continuación, si, a pesar de la dimensión objetiva de semejante contenido mínimo, resulta oportuna la utilización de la expresión «derecho natural» a la luz de su sentido histórico, representado por el iusnaturalismo ontológico, y presente, especificado en el iusnaturalismo deontológico.

Los capítulos cuarto (*El contractualismo clásico —siglos XVII y XVIII— y los derechos naturales*, anteriormente publicado en el «Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense», núm. 2, 1983, págs. 59-100) y quinto (*Neocontractualismo, Estado y derechos humanos*) tienen como común hilo conductor la explicación de la conexión entre las teorías contractualistas en sus diferentes versiones —contractualismo clásico y neocontractualismo— y los derechos humanos.

En el capítulo cuarto alude EUSEBIO FERNÁNDEZ al contractualismo clásico como resultado de la búsqueda de un principio de legitimidad a partir de la doble función representada por un contrato social originario y unos derechos naturales presentes en un hipotético estado de naturaleza, explicando las características del

(24) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, etc., pág. 70.

contractualismo moderno sobre la base de su problematicidad, de su diversidad semántica y de la debilidad de su fundamentación histórica, pero también de su acomodo como respuesta a las exigencias de la nueva sociedad burguesa, su conexión con la moderna teoría del derecho natural racionalista, la vinculación entre las teorías del contrato social y el principio de legitimidad democrática a partir del tránsito desde el contrato social absolutista hasta el contrato social liberal, y desde el contrato social liberal hasta el contrato social democrático, así como la «relación de filiación» (25) entre las doctrinas contractualistas y las de los derechos naturales individuales.

Partiendo de la idea de que el papel estelar que corresponde, en la actualidad, a la teoría del contrato social deriva de la necesidad de legitimar al Estado contemporáneo, y de atribuir una argumentación racional al sistema imperante en las sociedades de tradición liberal-democrática, EUSEBIO FERNÁNDEZ se adentra en el capítulo V en el análisis del neocontractualismo, al que diferencia de las teorías clásicas del contrato social por su pretensión de «constituir un principio de legitimidad universalizable democrático e incluso igualitario» (26), conectando a la legitimidad de los sistemas políticos con el mayor o menor nivel de consenso libre con que cuenten, por medio de la remisión de la pretensión de explicar la existencia de la sociedad y del Estado al plano prescriptivo en el caso de las teorías contractualistas, y señalando como razones para defender al contrato social como base de legitimación social, política y jurídica, la imposibilidad de la existencia de una sociedad justa y estable, desprovista del consenso, asentimiento o consentimiento de sus componentes, su mejor disposición para resolver los problemas relativos a la búsqueda de un principio de legitimidad basado en los valores de la autonomía individual, libertad e igualdad, la aportación de argumentos que fundamentan y hacen efectivas las nociones de obligación moral, jurídica y política y la obediencia al derecho, revitalizando el ideal de participación ciudadana auténtica y posibilitando la desobediencia civil justificada, la íntima conexión entre la legitimidad contractual y el sistema jurídico libe-

(25) *Ibidem*, pág. 169.

(26) *Ibidem*, pág. 179.

ral y la supremacía de la sociedad sobre el Estado. Pasa, a continuación, a examinar la relación existente entre el principio de legitimidad contractualista y la teoría de los derechos humanos fundamentales como punto de coincidencia entre la teoría del contractualismo clásico y la neocontractualista (27), así como la vinculación entre el principio de legitimidad contractualista, la obligación política y la desobediencia civil, considerando que la negación de la existencia de una justificación jurídica de la desobediencia civil es matizable por el principio de legitimidad contractualista, mediante el establecimiento de una concepción dinámica para crear y modificar las normas jurídicas, y dejando abierta la puerta a la desobediencia civil como instrumento siempre ilegal, pero muchas veces necesario, en la lucha por el establecimiento de una sociedad más justa.

Con el trabajo incluido en el tercer capítulo de la obra (*El problema del fundamento de los derechos humanos*, anteriormente publicado en el «Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense», núm. 1, 1982, págs. 75-112) se incorpora EUSEBIO FERNÁNDEZ a uno de los más interesantes debates que tiene planteados en la actualidad la filosofía jurídica española. Buen

(27) Lo que no significa, sin embargo, que se trate de unos mismos derechos en cada una de las teorías neocontractualistas, porque, como ha señalado el autor en otro lugar, «la reivindicación de los temas contractualistas para responder a los problemas de la crisis de legitimación de las sociedades desarrolladas occidentales cumple con su objetivo de elaborar una teoría contractual de la justicia y para legitimar el poder del Estado Democrático, pero ni el tipo de Estado que se propugna ni los derechos de los ciudadanos reconocidos y garantizados son iguales» (EUSEBIO FERNÁNDEZ, *recensión a Fernando Vallespín Oña; Nueva teoría del contrato social: John Rawls, Robert Norick y James Buchanan*, en «Revista de las Cortes Generales», núm. 6, tercer cuatrimestre, 1985, págs. 423-424). Ello no obsta a que desde determinadas perspectivas se haya buscado una concepción restringida del neocontractualismo, que lo distinguiría de otras corrientes de que le son familiares en el ámbito de la filosofía política contemporánea, atribuyéndole un significado más preciso, tal como sucede en el caso de PAOLO COMANDUCCI, *Diritti, benessere, equità: una sinnessi*, en «Materiali per la storia della cultura giuridica», a. XIII, núm. 2, diciembre, 1983, pág. 423, para quien el contractualismo podría redefinirse como esa «variante de la ideología igualitaria que utiliza una moderna versión del contrato social para justificar una incisiva intervención del Estado en beneficio de los grupos menos favorecidos de la sociedad».

conocedor de la bibliografía sobre el particular, prescinde conscientemente de la exposición de las diferentes teorías elaboradas al respecto (28), para adentrarse, ya desde las primeras páginas de su denso trabajo, en el núcleo del problema, diseccionando con rigor las aportaciones de las diferentes corrientes, del pensamiento jurídico para criticarlas y elaborar una teoría personal. EUSEBIO FERNÁNDEZ caracteriza a la fundamentación iusnaturalista tradicional, que correspondería al iusnaturalismo ontológico, por derivar los derechos humanos de un orden jurídico natural que es expresión de una naturaleza común a la humanidad, de forma que su existencia resulta independiente de su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico positivo, explicando la fundamentación iusnaturalista atenuada, correspondiente al iusnaturalismo deontológico, en la consideración del derecho natural como una serie de principios, y no como ordenamiento jurídico de características diferentes a las del derecho positivo, basando su crítica en las ideas de la no juridicidad del derecho natural (coincidiendo en este punto con las doctrinas iusnaturalistas de carácter deontológico), de la ambigüedad de la expresión «naturaleza humana», de la contradicción histórica de la idea de la invariabilidad, permanencia e independencia de las condiciones históricas de los derechos naturales, de la necesidad del reconocimiento jurídico de los derechos humanos para que pueda hablarse de existencia plena de los mismos, y del carácter posible, pero no exclusivo, de la fundamentación iusnaturalista. Por el contrario, la crítica a la fundamentación historicista, que difiere de la iusnaturalista por referirse a derechos históricos, variables y relativos, de origen social y no a derechos naturales, universales y absolutos, anteriores y superiores a la sociedad, se centra en las cuestiones de la limitada variabilidad histórica de los derechos humanos, y en la necesidad de optar, partiendo de su consideración como satisfacción de las necesidades del hombre, a la hora de decidir cuáles son las concretas necesidades que deben satisfacer los derechos humanos.

Frente a esta dualidad de fundamentaciones, opta EUSEBIO FER-

(28) Una amplia y detallada exposición de las más relevantes teorías acerca del fundamento de los derechos humanos puede encontrarse en ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *La fundamentación de los derechos humanos, en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., págs. 132-184.

NÁNDEZ por lo que denomina la fundamentación ética de los derechos humanos, que son concebidos como los derechos que más estrechamente se conectan con la idea de la dignidad del hombre, o derechos morales (29) de carácter prejurídico, argumentando la posibilidad de realizar una justificación racional de los mismos, que partiría de la consideración de los derechos humanos como algo deseable, para buscar, a continuación, el fundamento de cada uno de ellos sobre la base de la existencia de buenas razones a su favor que pudieran ser contrastadas con las buenas razones que alegaran otras personas, obteniendo finalmente el reconocimiento de mayor alcance posible, y considerando a la dignidad del hombre como el origen de los valores de seguridad-autonomía, de libertad y de igualdad, que, a su vez, fundamentarían, respectivamente, los derechos perso-

(29) Denominación que, sin embargo, ha sido criticada desde diferentes perspectivas. Así, por ejemplo, en relación a la tesis de Hart, ANDRÉS OLLERO, *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía*, en «Revista de Estudios Políticos», número 33, nueva época, mayo-junio 1983, págs. 106-107, indicará: «La expresión derechos morales no deja de sonar estridentemente en los oídos continentales. Los derechos humanos ¿son propiamente derecho o simple exhortación moral? En realidad, la moral aquí invocada hay que entenderla en clave anglosajona, como criterios o valores concernientes a la convivencia social que cuentan con efectivo arraigo. Lo que J. Austín llama moral positiva; positiva por su efectividad, pero sólo moral por no emanar de un mandato del soberano: algo así como un magma social prejurídico. Con ello el problema del fundamento se ha desplazado de lo metafísico a lo sociológico. Lo humano no sería su contenido verdadero a tener en cuenta, sino lo que coyunturalmente se tiene por verdadero en una sociedad determinada, gracias a una argumentación razonable, pero sin pretensiones de objetividad radical alguna. Lo que en tales condiciones pueda o no hacer razonable una argumentación resulta un tanto enigmático. Por otra parte, se hereda la dimensión represiva propia de la teoría jurídica hobbesiana. Para ésta, tener un derecho es contar con libertad de movimiento en todo aquello que el soberano ha tenido a bien no prohibirnos... El resultado es entender los derechos como cotos de arbitrariedad personal, tolerados por el Estado y defendidos de la presencia perturbadora de los otros. Un individualismo poco solidario sirve de trasfondo a esta peculiar concepción de lo jurídico».

Por su parte, GREGORIO PECES-BARBA, *Los valores superiores*, cit., pág. 110, nota 43, en expresa referencia a la teoría sostenida en este punto por Eusebio Fernández, indicará que: «No coincido, sin embargo, en la denominación de derechos morales, que procede de un seguimiento de origen anglosajón, pero que nos introduce de nuevo, sin necesidad, en la confusión terminológica y en la ambigüedad iusnaturalista».

nales y de seguridad individual y jurídica, los derechos cívico-políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Fácil resultará deducir de estas breves líneas, que, por otra parte, difícilmente pueden orientarnos acerca de la riqueza de la línea argumental y del enorme esfuerzo intelectual que realiza el autor a lo largo de su desarrollo, que nos encontramos ante un planteamiento que no rehúye, en absoluto, afrontar el tema clave de la idea de los derechos humanos: su fundamento, su posible carácter jurídico, y, como consecuencia de ello, su naturaleza jurídica, si es que, efectivamente, puede hablarse de tal.

Creo que el análisis que realiza EUSEBIO FERNÁNDEZ llega todo lo lejos que se puede llegar en su esfuerzo por racionalizar una idea tan controvertida teóricamente como la de los derechos humanos, lucha por objetivar lo subjetivo, reconociendo, de antemano, los límites inherentes a una objetivación semejante, y la grandeza de su intento no se ve, desde luego, descompensada por la calidad de sus resultados. Es, por otro lado, particularmente sutil a la hora de determinar como base de su planteamiento que todo derecho, y también todo derecho del hombre, si es que sigue siendo aplicable, en este caso, el sustantivo derecho, encuentra su correlato en la existencia de un deber, tesis de fundamental importancia, por una parte, a la hora de identificar el contenido material de la justicia, rompiendo así la tradicional ecuación del mismo con el que corresponde a los derechos humanos (30), y, por otro lado, en lo que más nos puede interesar en este momento, para determinar el fundamento de los derechos humanos, esa hipotética realidad en la que encuentran éstos su origen, y de la que, hasta cierto punto, se podría decir que derivan.

Así, efectivamente, con independencia de cuál sea la solución que se atribuya al tan debatido problema de la relación entre los

(30) Puesto que, como ha expresado GREGORIO ROBLES, *La filosofía del derecho como análisis del lenguaje de los juristas*, en su obra *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del Derecho*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma, 1984, pág. 273: «Entre los valores fundamentales destacan los representados por los derechos fundamentales, aunque aquéllos no se agoten en éstos. Por consiguiente, la teoría (material) de los derechos humanos es una parte de la Teoría de la justicia extrasistemática».

derechos y los deberes (31), parece indudable que ambos se encarnan en un fenómeno más amplio como es el de subjetivación del derecho (32), siendo así que todas las manifestaciones de la subjetivación del derecho encuentran su origen en el derecho objetivo (33). Saldaríamos, de esta forma, el clásico problema de la prioridad entre los derechos del hombre y el ordenamiento jurídico positivo. No se trataría ya de negar la función legitimadora de aquéllos con respecto a los sistemas de derecho positivo, sino de mantener, en todo caso, incólumes los términos de la relación entre los derechos subjetivos, y de las obligaciones jurídicas, con respecto al derecho objetivo en el que encontrarían su origen. Ello provocaría, por una parte, una relación de derivación de las manifestaciones de la subjetivación jurídica en el marco del derecho

(31) Ya que si no falta quien, como JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Ley y Derecho (interpretación e integración de la ley)*. Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pág. 67, parece reconocer una prioridad de los deberes sobre los derechos al establecer que: «primordialmente las normas del orden jurídico positivo establecen deberes, y los derechos surgen, tan sólo en ciertos casos, como consecuencia de estos deberes»; otros, como sucede en el caso de NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, *Introducción al estudio del Derecho*, Granada, 1981, pág. 137, señalan que: «Es cierto que en la realidad jurídica se puede constatar una hegemonía del derecho objetivo como conjunto de exigencias coactivas de unos determinados comportamientos sociales (deberes jurídicos). Pero tras los deberes jurídicos o tal vez antes de los deberes jurídicos, están también los derechos subjetivos, esto es, las posibilidades de los sujetos de hacer o no hacer, de exigir que otro haga o no haga».

(32) Puesto que, como indica ENRICO PATTARO, *Lineamenti per una teoria del diritto*. Cooperativa Libreria Universitaria Editrice di Bologna, Bologna, 1985, págs. 3-4: «Al igual que sucede en el caso del derecho subjetivo, también pertenece a la dimensión subjetiva del derecho la obligación. Así, se dice que al atribuir la norma un derecho subjetivo o derechos subjetivos, impone una obligación u obligaciones. Si el derecho subjetivo es momento, aspecto subjetivo del derecho, si es subjetivación del derecho, es decir, derecho vivido por los sujetos, a semejante momento o aspecto pertenece también la obligación que es correlativa al derecho subjetivo: también la obligación es subjetivación del derecho, es decir, derecho vivido por los sujetos». Sobre este punto, véase también del mismo autor, *Introduzione ai concetti giuridici*, Bologna, 1978, págs. 4-6.

(33) Tendría razón, al respecto, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Ley y Derecho (interpretación e integración de la ley)*, cit., pág. 67, al reconocer que «lo mismo el derecho subjetivo que el deber jurídico proceden del orden jurídico».

positivo (derechos subjetivos positivos y obligaciones jurídicas positivas) con respecto al derecho objetivo positivo, así como, paralelamente de las manifestaciones de la subjetivación jurídica dentro de las que se inscriben los derechos humanos con respecto a una hipotética realidad que, en principio podríamos denominar como derecho objetivo del hombre (34). Se rehabilitaría así la estructura formal de los derechos del hombre como derechos subjetivos, con independencia de su inclusión y de su reconocimiento en disposiciones jurídicas de derecho positivo (35), presuponiendo, en definitiva, que

(34) Es significativo, al respecto, que, a partir de la reforma de 11 de julio de 1980, los Decretos del Ministro italiano de la Instrucción Pública, publicados en la «Gazzetta Ufficiale» el 24 de octubre de 1980 y el 12 de enero de 1981, aludan a la disciplina de «Diritto dell'uomo», en sustitución de la más tradicional «Derechos humanos», o, por mantenernos fieles a la terminología de EUSEBIO FERNÁNDEZ «Derechos fundamentales del hombre». Para un análisis de las disciplinas jurídicas en la Universidad italiana, véase IGNACIO ARA PINILLA, *La incidencia de la reforma universitaria italiana en la enseñanza de la Filosofía del Derecho*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense núm. 5 monográfico. *La Filosofía y la enseñanza del Derecho* 1982, págs. 145-175.

(35) Discrepa de esta tesis GREGORIO ROBLES, *Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos*, en *Epistemología y Derecho*, Editorial Pirámide, Madrid, 1982, pág. 267, quien reconoce, por una parte, que: «Los derechos humanos positivizados en normas jurídicas no son un concepto, sino elementos de un género. El género es el derecho subjetivo. Son así derechos subjetivos a los que la organización política concede gran importancia, elevándolos, en consecuencia, por encima de otros derechos subjetivos que considera menos importantes. El que sean incluidos o no en el ordenamiento jurídico depende, por consiguiente, de la decisión política, pero en esto no se diferencia tampoco de cualquier otro derecho subjetivo. Como producto de la decisión política pueden cambiar e incluirse hoy los que ayer fueron excluidos y viceversa. Lo que no cambia es su estructura formal; su estructura es la del derecho subjetivo». Pero, por otra, matiza considerablemente las afirmaciones referidas, al señalar que: «El status jurídico de los llamados derechos humanos o derechos fundamentales en el ámbito de la Teoría del derecho puede concretarse, cuando menos, en tres formas distintas: a) Como derechos subjetivos... Sin embargo, sólo puede ser aceptada si el bien jurídico que se pretende designar bajo un determinado derecho humano o derecho fundamental es garantizado por la norma jurídica positiva; es decir, si existe una acción procesal capaz de producir la garantía jurídica esperada» (pág. 267, en nota 4).

Tampoco acepta nuestra conclusión ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Delimitación conceptual de los derechos humanos*, en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 32, al afirmar que: «Para quienes sostienen

«las proposiciones acerca de derechos en general y de derechos humanos es especialmente (así como los que aluden a deberes, responsabilidades, etc.) son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de reglas o principios de un determinado sistema normativo» (36). Pero si, como parece, no estamos dispuestos a considerar a los derechos humanos como entidades existentes dentro de la órbita jurídica positiva, sino, muy al contrario, como informadores de los ordenamientos jurídicos positivos, ¿cuál es entonces el ámbito al que pertenecen? No han faltado quienes han resuelto esta interrogante atribuyéndolo al derecho natural, de tal manera que los derechos subjetivos humanos se constituirían como derivaciones del derecho objetivo humano o derecho objetivo natural (37) en el

que los derechos subjetivos son expresión de todos los atributos de la personalidad, los derechos humanos constituirían una subespecie de aquéllos; serían los derechos subjetivos directamente relacionados con las facultades de autodeterminación del individuo. Ahora bien, si la noción de derecho subjetivo se asume en su significado estrictamente técnico jurídico-positivo, y a éstos les conceptúa como prerrogativas establecidas en conformidad a determinadas reglas y que dan lugar a otras tantas situaciones especiales y concreta en provecho de los particulares, ambos términos no se identifican, ya que se entiende que los derechos subjetivos pueden desaparecer por vía de transferencia o prescripción, en tanto que las libertades que se derivan de los derechos humanos son, en principio inalienables e imprescriptibles.

No creo que quepa oponer objeción alguna a los planteamientos tanto de Gregorio Robles como de Antonio-Enrique Pérez Luño desde una perspectiva estrictamente jurídico-positiva. Pero no veo tampoco razones para negar a los derechos humanos su estructura formal de derechos subjetivos desde una perspectiva técnico jurídica (pues la juridicidad parece inherente a cualquier derecho y también, por consiguiente, a los derechos humanos) que no sea necesariamente jurídica positiva.

(36) CARLOS SANTIAGO NINO, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, pág. 23, quien especifica, a continuación, esta presuposición señalando que: «Según sea el carácter moral, jurídico o de derecho natural del sistema normativo aludido por tales proposiciones, así será la índole de los derechos referidos por los enunciados originarios».

(37) Y, en este sentido, ANTONIO FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pág. 166, razonará su opción en favor de la tesis iusnaturalista que, «remontándose por encima de los ordenamientos jurídicos positivos —y como tales contingentes— prefiera asentar los derechos humanos en un orden superior, objetivo, que pueda ofrecer un fundamento de carácter universal y al que, por consiguiente,

que encontrarían su origen, disolviendo, de esta manera, la falsa apariencia de inversión del sentido de la conexión general derecho objetivo-derechos subjetivos que se produce al analizar los términos de la relación entre el derecho positivo y los derechos humanos (38).

Como ya hemos visto, EUSEBIO FERNÁNDEZ no incluye directamente su tesis dentro de las fundamentaciones iusnaturalistas de los derechos fundamentales del hombre, sino que asume su fundamentación ética, precisando que «para esta fundamentación y consiguiente concepción que defiende, los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres, y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el Derecho; Derecho igual, obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos, y Derecho igual de humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social» (39). Ahora bien, ¿es posible incluir a esos valores que posee el hombre por su condición humana en otra realidad jurídica que no sea el controvertido y siempre hipotético derecho natural? No parecía ser ésta

pueda apellarse en todo tiempo y lugar...», señalando que «si denominamos a esta tesis como iusnaturalista es sólo con una intención generalizadora y sin ánimo de asignarla a ninguna concreta teoría del Derecho natural».

(38) GUIDO FASSO, *Riflessioni logico-storiche in diretto soggettivo e Diritto oggettivo* en *Scritti de Filosofia del Diritto* (a cura di Enrico Pattaro, Carla Faralli, Giampaolo Zuachini), vol. II, A. Giuffrè Editore, Milano, 1982, páginas 959-983, destaca certeramente la trasposición de los planos del derecho natural y del derecho positivo que suele acarrear la consecuencia de distorsionar los auténticos términos de la relación derecho objetivo-derechos subjetivos, indicando que: «lo que hacen los iusnaturalistas modernos es, al contraponer, y anteponer el plano del derecho natural al del derecho positivo (como hacen todos los iusnaturalistas, pues de otro modo no lo son), contraponen y anteponen el derecho subjetivo natural al derecho objetivo positivo, queriendo afirmar que las leyes positivas deben respetar los derechos subjetivos naturales, esto es, los derechos subjetivos que lo son en relación al derecho natural objetivo, exactamente de la misma forma en que cualquier jurista afirma que una norma inferior no puede modificar los derechos subjetivos que existen en relación a normas superiores» (pág. 982).

(39) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, cit., pág. 107.

la tesis de EUSEBIO FERNÁNDEZ cuando en la primera edición del capítulo del libro que comentamos indicaba, en polémica con ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, que: «no obstante, coincidiendo con él en la idea de que el fundamento de los derechos humanos es un fundamento anterior al derecho positivo, discrepo en 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 (40). Sin embargo, en la segunda edición se produce una sensible matización al expresar, tolerantemente, que «el problema es puramente terminológico porque el concepto de los derechos humanos como derechos morales, y el concepto de los derechos humanos como derechos naturales, en sentido deontológico, son bastante equivalentes, y la fundamentación iusnaturalista atenuada o deontológica y la fundamentación ética son muy semejantes (41).

Creo que, en este punto, conviene diferenciar dos aspectos independientes como son la consideración del derecho natural, por una parte, como conjunto de principios ético-sociales, y, por otra, como teoría epistemológica (42), de tal modo que si la primera perspectiva permite, desde luego, detectar una disfunción entre las doctrinas iusnaturalistas y la idea de los derechos humanos (43), sin embargo, su consideración como postura epistemológica nos permite observar que «la teoría de los derechos humanos mantiene una

(40) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en «Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense», núm. 1, 1982, pág. 102.

(41) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, cit. pág. 113.

(42) GREGORIO ROBLES, *El fracaso epistemológico de la doctrina del derecho natural*, en *Epistemología y Derecho*, cit., pág. 199.

(43) Puesto que, como ha expresado ELÍAS DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Ediciones, Madrid, 1984, págs. 313-314: «Esa defensa de la dignidad de la persona humana y de los valores, principalmente, de racionalidad y libertad no es, ni mucho menos, privativa de los idearios iusnaturalistas. Otras concepciones que no se consideran iusnaturalistas, y que realmente no pueden calificarse de tales (salvo que, como ocurre hoy con cierta frecuencia, se identifique al iusnaturalismo con toda actitud valorativo crítica del Derecho positivo) han contribuido de manera decisiva a esa conquista histórica que supone la implantación y realización de los derechos humanos en el mundo actual».

posición dualista ante el derecho: admite frente a la existencia de un derecho superior (justo) que encarna los valores seleccionados como dimanantes de la naturaleza humana, la de un derecho positivo» (44). Es, precisamente, esta doble vertiente del derecho natural, y, en consecuencia, de las doctrinas iusnaturalistas la que constituye la causa de buena parte de las discrepancias entre los partidarios y los adversarios de la necesidad de la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. No se trata ya de negar el carácter dualista de los derechos humanos, sino de determinar si esa postura dualista supone una opción diferente de las concepciones iusnaturalistas y positivistas (45), o por el contrario, se inscribe automáticamente en la doctrina iusnaturalista (identificación entre el iusnaturalismo y el dualismo jurídico) (46). Y es dentro de este

(44) GREGORIO ROBLES, *Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos*, cit., pág. 258.

(45) Ha sido, sin duda, GREGORIO PECES-BARBA, *Derechos Fundamentales*, cit., el mayor defensor de esta tesis, señalando que: «El modelo pragmático y el modelo escéptico no son problema de cara a la construcción de la teoría de los derechos fundamentales y de su concepto, por su carácter negativo, por su ausencia de interés y porque, por consiguiente, no formulan ninguna hipótesis positiva sobre lo que sean los derechos fundamentales. En uno y otro caso, y por razones distintas, ignoran esta problemática. El problema lo constituyen, por su carácter unilateral e insuficiente, el modelo iusnaturalista y el modelo voluntarista-positivista. Lo que he llamado el modelo dualista tiende, por consiguiente, a superar esas dos versiones unilaterales —iusnaturalismo y positivismo voluntarista—, que por sus extremosidades respectivas han confundido y llenado de pasión este debate a lo largo de la historia. Y ésa es, quizá, la mayor dificultad, o al menos una de las mayores, a la hora de construir el concepto: el carácter antagónico y excluyente con que han presentado el problema esos modelos. Pero como ya hemos señalado, los derechos fundamentales no son Derecho, ni son sólo valores, sin incorporar al Derecho positivo como pretenden los iusnaturalistas, ni es tampoco Derecho fundamental cualquier Derecho válido, sea cual sea su contenido como pretenden los positivistas voluntaristas. La concepción dualista sostiene la autonomía de la realidad de los valores de los derechos fundamentales que deben, por consiguiente, ser estudiados en el primer nivel, es decir, como filosofía de los derechos fundamentales» (págs. 24-25).

(46) Esta es la tesis que, entre nosotros, defiende, por ejemplo, GREGORIO ROBLES, *Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos*, cit., pág. 258, al destacar que «la teoría de los derechos humanos, en cualquiera de sus manifestaciones, está orientada sobre una tarea de selección de valores de entre aquéllos que afectan a la organización jurídica de la sociedad», añadiendo, una vez precisados los supuestos sobre

contexto como hay que interpretar la aparente contradicción entre las palabras de EUSEBIO FERNÁNDEZ cuando, después de señalar que «me mantengo en la opinión de que defender que el enfoque de la fundamentación de los derechos humanos tenga que ser necesariamente iusnaturalista, es una reducción quizá innecesaria e injustificada» (47), indica, por el contrario, que «si la postura defendida por A. E. PÉREZ LUÑO es, según él lo manifiesta, una postura iusnaturalista, yo no tengo ningún especial interés en dejar de reconocer que la mía también lo es, como tampoco tengo ningún impedimento en considerarme iusnaturalista en un sentido deontológico, crítico, abierto y funcional» (48).

Ahora bien, si la delimitación del apuntado doble significado del derecho natural permite solventar muchas discusiones teóricas sobre la fundamentación de los derechos humanos, que parecían tender a eternizarse como si de discusiones entre interlocutores que hablaren distintos idiomas se tratara, y buena prueba de ello son las matizaciones que realiza EUSEBIO FERNÁNDEZ a su primitiva postura en la

cuya base se realiza la selección de los valores, que «estas características epistemológicas de la teoría de los derechos humanos coinciden o, mejor dicho, son una concreción de las propias de toda doctrina del derecho natural» (pág. 259), lo que supone, en definitiva, «que la teoría de los derechos humanos se enmarca necesariamente en la corriente de pensamiento iusnaturalista (pág. 253). Y es también la tesis mantenida, desde una perspectiva diferente, por ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *La fundamentación de los Derechos humanos*, cit., págs. 179-180, para quien: «Cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho jurídico, es decir, preliminar y básico respecto a éste, se sitúa, consciente o inconscientemente en una perspectiva iusnaturalista. Lo cual, lejos de ser una rémora teórica, permite insertar el fundamento de los derechos humanos en el contexto histórico-doctrinal que se produjo su génesis y ulterior desenvolvimiento. Por ello, cualquier justificación consciente, que no pretenda adolecer del más craso agnosticismo histórico y cultural, y que, por el contrario, reivindique un uso histórico de las categorías filosóficas-jurídicas, no puede prescindir de conectar el fundamento de los derechos humanos con la tradición cultural en la que surgieron y fueron elaborados doctrinalmente, o sea, con la teoría iusnaturalista. Sin que sea legítimo, y la exposición de la mayor parte de las tesis, hasta aquí reseñados así lo prueba —identificar el orden de valores ético-jurídicos iusnaturalista con la postulación de unos principios universales, absolutos e inmutables».

(47) EUSEBIO FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 112.

(48) *Ibidem*, pág. 113.

segunda edición de su artículo, no creo que el problema quede resuelto, sin más, en esa aceptación dualista, o, si cabe la expresión, iusnaturalista, no en vano es cierto que «tampoco la referencia al derecho natural pacifica el debate sobre el fundamento de los derechos humanos» (49). Y es que señalando que su fundamento resulta anterior al derecho positivo, especificándose en una serie de exigencias éticas, se está muy lejos de determinar cuáles son los contenidos concretos de tales exigencias.

Al respecto, no cabe duda de que, como bien ha dicho EUSEBIO FERNÁNDEZ, «esos valores y exigencias morales y racionales giran en torno a la idea de dignidad humana, idea básica y condición que son para hablar de derechos humanos fundamentales» (50). Ahora bien, la reivindicación de la idea de la dignidad humana como valor omnipresente, que, «cuenta con contenidos que van más allá de la historia y que no son nada abstractos en su alcance histórico (de fensa de la vida, de la autonomía moral, de la libertad, de la igualdad, etc.)» no puede comportar el desconocimiento del carácter histórico de los derechos humanos, en la medida en que se admite que «las circunstancias históricas son las que traducen esa idea de dignidad humana en necesidades, valores, reivindicaciones, intereses y, finalmente, derechos» (51), cuya determinación del contenido se produciría sobre la base del consentimiento mayoritario que ya no actuaría como fundamento, sino como procedimiento (52), de

(49) ANDRÉS OLLERO, *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía*, cit., pág. 105.

(50) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales*, cit., pág. 120.

(51) EUSEBIO FERNÁNDEZ, recensión a Nicolás María López Calera: *Introducción al estudio del Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo I (nueva época), 1984, pág. 444.

(52) Puesto que, como ha indicado JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, el artículo 10.1 de la *Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos*, en *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, págs. 205-206: «Lo mismo hay que decir del consenso o consentimiento mayoritario. Este puede ser el procedimiento mejor, o el menos malo, para la decisión política, o para cualquier otra que requiera una disciplina y una organización colectiva o coordinada de la conducta de diversos hombres. Pero los derechos humanos se refieren ante todo a la persona, protegen su dignidad y libertad personal; si su fundamento se redujera a la aceptación de la convicción mayoritaria, perderían su sentido;

modo similar a como sucede en el caso del procedimiento para fijar el contenido del derecho objetivo positivo, fundante, a su vez, de los derechos subjetivos positivos (53). Pues bien, es a partir de este dato donde surge mi discrepancia con la tesis sostenida por EUSEBIO FERNÁNDEZ, puesto que, si bien estoy de acuerdo con la idea de la historicidad de los derechos humanos y con el proceso que describe la justificación racional y de su universalización en un momento histórico concreto, no veo por qué deben limitarse los valores que derivan de la dignidad del hombre y que fundamentan los derechos humanos a la seguridad-autonomía, a la libertad y a la igualdad. Y es que, si creo que tienen razón los que afirman que «el papel de la racionalidad, con respecto a ellos, se reduce a la posibilidad de formular de la manera más intersubjetiva posible una delimitación conceptual de dichos valores» (54) entiendo que no cabe desconocer la función de la solidaridad como valor sentido en nuestra sociedad en la que ya no bastan las conquistas humanas que instauraron las sociedades liberales, ni las sociedades del bienestar, y en la que se hace cada vez más patente el consenso a la hora de reconocer los derechos de la tercera generación (55) que también precisan fundarse en valores, si es que queremos mantener, también respecto de ellos, su naturaleza jurídica como derechos subjeti-

aparte de que en todo caso se habría de preguntar por las bases o motivos de esa convicción: no parece que cualquier motivo sea válido, con tal de que la decisión sea mayoritaria».

(53) ENRIQUE P. HABA, *Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies*, en Archives de Philosophie du Droit, Tome 29, Dialogue, dialectique en Philosophie du Droit, 1984, pág. 339: «Desde el momento en que los derechos del hombre pretenden ser derecho positivo, no pueden dejar de compartir el destino de cualquier derecho de arte tipo; sean cuales sean sus notas, su tono y también en los de ritmo viene señalado por las fuerzas políticas dominantes».

(54) ENRIQUE P. HABA, *¿Derechos Humanos o Derecho Natural? (Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de Derechos Humanos)*, en Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 2, 1983, pág. 227.

(55) KAREL VASAK, *Pour les droits de la troisième génération: les droits de solidarité*, Leçon Inaugurale, Cours à l'Institut International des droits de l'homme, 1979. Entre nosotros, véase GREGORIO PECES-BARBA, *Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia. Los derechos fundamentales entre la moral y la política*, en Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 2, 1983, pág. 344.

vos (56), por muy difuso que sea el hipotético «derecho objetivo» del que, manteniendo los apuntados términos de la relación derecho objetivo-derecho subjetivo, derivan y en el que encuentran su origen.

Por lo demás, y con independencia de la consideración del valor de la libertad como principio fundamental de todos los derechos humanos (57) parece pertinente, por su significado explicativo y pedagógico, la clasificación que realiza EUSEBIO FERNÁNDEZ en derechos personales y de seguridad, derechos de libertad y derechos de igualdad (a los que, por mi parte, añadiría los denominados derechos de la tercera generación o derechos de la solidaridad), así como la consideración de su conexión y complementariedad, que, como bien expresa el autor, se pone de manifiesto de forma ejemplar en el artículo 9-2 de la Constitución española de 1978.

Es una lástima, aunque no deja de ser lógico, puesto que lo contrario excedería los límites del tema que analiza EUSEBIO FERNÁNDEZ, introduciéndonos en otro diferente, que no se haya profundizado más en el juego que puede suministrar nos esta norma constitucional. No se trata ya de volver sobre las conocidas tesis del uso alternativo del derecho, cuya peligrosidad se evidencia patentemente en el doble sentido, de progreso y de reacción, que puede adquirir la tantas veces preconizada alternativa (58), sino de dejar bien claro

(56) Entre las posturas negativas con respecto a su caracterización como derechos humanos, véase ROBERT PELLOUX, *Vrais et faux droits de l'homme*, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, janvier-février 1981, pág. 53-68, y JEAN RIVÉRO, *Le problème des nouveaux droits de l'homme*, Cours à l'Institut international des droits de l'homme, 1979.

(57) GREGORIO PECES-BARBA, *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*. Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia, diciembre 1978, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Murcia, 1981, pág. 56.

(58) JUAN RAMÓN CAPELLA, *Sobre el discurso jurídico. I. La teoría general de la norma*, págs. 6-7, describe así los sucesivos efectos de la doble alternativa contenida en las doctrinas del uso alternativo del derecho: «La corriente de los juristas alternativistas, profesores y magistrados sobre todo, incrédula respecto de la imparcialidad de la magistratura que predica la doctrina burguesa del derecho y del Estado hizo la suposición de que la parcialidad de la Magistratura —parcialidad sistémica, claro es— era susceptible de cambiar de signo, admitiendo una posible utilización progresiva del ámbito semántico de indeterminación que, según esta doctrina, es el espacio que

que el Estado asume como objetivo que deben perseguir las acciones de los diferentes poderes públicos el establecimiento, que nuestro texto constitucional eleva al nivel de exigencia (59), de una sociedad real y efectivamente igualitaria (igualdad material o real) (60), en la que los individuos puedan considerarse titulares de derechos (también de los derechos humanos) de forma incondicionada, y en la que, en definitiva, se acentúe, hasta hacerse plena realidad, su carácter emancipatorio.

Valga, pues, esta reflexión sobre la ejemplaridad de semejante norma constitucional como símbolo del espíritu que preside el análisis que realiza EUSEBIO FERNÁNDEZ sobre los temas clave de la disciplina, combinando y completando la teoría con el «compromiso práctico de cambiar las condiciones sociales injustas para hacer así posible unas oportunidades de vida humana más libre e igualita-

hace posible la parcialidad misma. Los alternativistas llevaron, pues, el debate jurídico-político fuera del Parlamento —aunque permaneciendo, se entiende, dentro del Estado—; fuera de la zona de las normas generales y lo entablaron también en la Magistratura, en los tribunales, en la zona de las normas particulares. El alternativismo progresista de izquierda (suponiendo por abreviar que hoy esa expresión no contenga una contradicción en sus términos) ganó así algunas escaramuzas mientras le fue relativamente favorable la correlación de fuerzas en el ámbito corporativo en que estaba planteado este duelo de juristas, cuyo signo cambió muy pronto al descubrir los magistrados situados socialmente más a la derecha, corporativamente mayoritarios, que también ellos podían ser alternativistas a su manera». En el mismo sentido, destacando la doble función que puede ocurrir el uso alternativo del derecho, se manifiesta GREGORIO PECES-BARBA, *La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico*, en Poder Judicial, núm. 6, 1983, pág. 20.

(59) Tiene razón al respecto ELÍAS DÍAZ, *El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978*, en *Socialismo en España: el Partido y el Estado*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982, pág. 245, cuando aludiendo a la finalidad constitucional de consecución de una sociedad democrática avanzada, indica que: «Si esos objetivos no se cumplen, la culpa no será, desde luego, del texto constitucional; al contrario, éste más bien lo exige. No hay disculpa para que, con este material legal fundamental, no se den pasos decisivos hacia el Estado democrático de Derecho».

(60) Entre las últimas aportaciones de los filósofos del Derecho españoles al estudio del significado de la igualdad material, puede verse FRANCISCO LAPORTA, *El principio de igualdad. Introducción a su análisis*, «Sistema», núm. 67, julio 1985, págs. 3-31, y ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad material*, en Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 3, 1984-1985, págs. 253-285.

ria» (61). Si, como hemos visto, los derechos humanos manifiestan la exigencia de un fundamento que no se puede descubrir al margen de valores que sean asumidos socialmente, no es difícil detectar que una asunción semejante comporta inexcusablemente la exigencia de una incondicionalidad del hombre que sólo la utopía de la sociedad libre e igualitaria está en condiciones de proporcionarnos.

En este utópico marco de lucha por la libertad y en este realista anhelo de consecuencia de la mejor (más libre e igualitaria) de las sociedades posibles, se mueven las páginas de este libro que si sólo por la audacia de sus objetivos merece ya el decidido elogio de los estudiosos de la filosofía del Derecho, el rigor y meticulosidad en sus análisis y la sutileza de sus propuestas convierten a su lectura y a su consideración en imprescindibles.

(61) EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, cit., pág. 13.