

## PROLOGO

*El tema de los derechos fundamentales es hoy objeto de multitud de estudios, desde muchas perspectivas. En nuestro país, una de las más fructíferas es la de la Filosofía del Derecho. En todo caso, los filósofos del Derecho se ocupan, desde principios de los años setenta, de los derechos humanos, antes de que se interesasen por ellos los constitucionalistas o los administrativistas. El derrumbamiento del viejo iusnaturalismo, desde finales del s. XVIII, y las insuficiencias del positivismo del XIX, que o no entraba en los problemas del Derecho justo o reducía el Derecho justo a Derecho válido, conducirán a una reflexión sobre el Derecho que debe ser, sobre los elementos de moralidad del Derecho, que se centrarán cada vez más en la identificación de la Teoría de la Justicia con la Teoría de los derechos fundamentales. Efectivamente, si no se quería caer en la bipolarización iusnaturalismo, como idealismo de un modelo de Derecho justo permanente, sea cual sea su fundamento, y positivismo, cerrado a la posibilidad de un estudio del Derecho justo, abandonando al sentimiento o a la voluntad, si se pensaba que el renovado interés por los ideales de libertad y de igualdad después de la segunda guerra mundial no necesitaba del llamado "retorno del Derecho Natural", preconizado por sectores católicos y conservadores, y si se pensaba, por fin, en una separación entre Derecho y moral, la Teoría de la Justicia buscaba su salida a través de los derechos del hombre.*

*La bipolarización iusnaturalismo positivismo llevaba a un callejón sin salida, donde el Derecho justo era un espíritu sin fuerza y el Poder y su expresión, un Derecho positivo cerrado a los valores, una fuerza sin conciencia.*

*Los horrores del totalitarismo nazi, fascista o stalinista y la segunda guerra mundial habían obligado a todos, pero especialmente a los filósofos, a los moralistas o a los juristas, a buscar*

nuevos cauces para no dejar al Derecho como exclusiva expresión de la fuerza, y los más lúcidos comprendían que la doctrina del Derecho Natural, que había tenido una gran relevancia histórica, no podía ser ya el instrumento que recogiera ese clamor, porque no se adaptaba a las circunstancias históricas de la cultura jurídica de nuestro tiempo. El positivismo como método preconizaba la separación entre el Derecho y la Moral, es decir, que el Derecho inmoral seguía siendo Derecho si cumplía los requisitos —órgano competente y procedimiento adecuado— de acuerdo con la norma de reconocimiento, y que la moral no era Derecho si no se incorporaba por los cauces de la producción normativa del Ordenamiento jurídico. Y creo que ese punto de vista es correcto, pero no cierra el cauce para la moralidad crítica, para la reflexión sobre el Derecho justo. Es más, creo, con Hart, que la separación entre el Derecho y la moral, que no es negar la posibilidad de incorporar contenidos éticos al Derecho, estimula e impulsa a la Teoría de la Justicia.

Por eso no debe extrañar que un sector del pensamiento filosófico jurídico español, reciente además e incluso escandalizado por un iusnaturalismo que defendía a ultranza al régimen político del General Franco, buscara en los derechos humanos un contenido de la Justicia que debe incorporar al Derecho positivo. Eso además se urgía por la situación del país. No era mal camino, porque hoy lo siguen otros muchos colegas que antes no se habían interesado por el tema<sup>1</sup>.

En esta corriente se inscribe el libro del profesor Romero que ahora introduzco, expresión de un serio trabajo de tesis doctoral, reelaborado en parte para su publicación y que he seguido desde sus principios. Se trata de un estudio de los derechos fundamentales en el siglo XIX en España, con una descripción de su reconocimiento constitucional y legal, a través de una ordenación de los mismos que me parece al menos discutible, pero prescindiendo de esa observación crítica que considero secundaria, tratados con rigor y seriedad. La segunda parte del libro supone un estudio de las garantías procesales de los derechos fundamentales, y la tercera, el estudio de la protección procesal en caso de violación por el poder.

---

<sup>1</sup> Vid Andrés Ollero: «Cómo tomarse los derechos con filosofía». *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, n.º 33, mayo-junio 1983, págs. 101 y ss.

*Es un estudio histórico, y hay que destacar que este tipo de estudios sobre los derechos fundamentales en España no son muy frecuentes, si prescindimos de los trabajos de los años treinta, generalmente sobre los orígenes españoles de los derechos fundamentales, como la importante aportación de Román Riaza, "Los orígenes españoles de las declaraciones de Derechos"<sup>2</sup>, o anteriormente la de Rafael Altamira, "La Carta Magna y las libertades medievales en España"<sup>3</sup>.*

*Me parece que después sólo se puede encontrar, además del trabajo de Romero, mi propio trabajo "Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española", largo artículo publicado en el primer volumen del Anuario de Derecho Humanos<sup>4</sup>.*

*Si se tiene en cuenta que, a mi juicio, los derechos fundamentales son un concepto histórico, propio del mundo moderno, y surgen a partir del tránsito a la modernidad<sup>5</sup>, el valor de los enfoques históricos aumenta. La teoría general de los derechos fundamentales necesita de manera importante del punto de vista histórico.*

*De la misma forma, la Teoría de la Justicia, morada de los derechos fundamentales, superadas las fundamentaciones históricas del iusnaturalismo, también necesita de estos planteamientos. El libro de Romero es, por consiguiente, doblemente oportuno, por abordar el tema desde el punto de vista histórico y por referirse a la España del siglo XIX, antecedente histórico de nuestra propia andadura actual.*

*El profesor Romero se sitúa así en una joven generación de estudiosos que, no exclusivamente pero sí principalmente, en torno al Instituto de Derechos Humanos y a su publicación, el Anuario de Derechos Humanos, ha surgido interesada por los derechos fundamentales desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho. Los profesores Eusebio Fernández, Hierro Sánchez-Pescador, Prie-*

---

<sup>2</sup> Anales de la Universidad de Madrid. Letras. 1936, págs. 1 a 17.

<sup>3</sup> Versión castellana de un original inglés encargado por la Royal Historical Society de Londres, publicado en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Órgano de la Facultad de Derecho. Madrid, tomo I, 1918, n.º 2, abril-junio, págs. 151 a 163.

<sup>4</sup> Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Instituto de Derechos Humanos. Madrid, enero 1982, págs. 169 a 253.

<sup>5</sup> *Vid* mi libro «Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales». Mezquita, Madrid, 1982.

to Sanchís, Páramo Argüelles, Betegón, González Amuchastegui y Soriano, y en menor medida los profesores Laporta y Ruiz Miguel, comparten con el autor de este libro esa preocupación, renovando un esfuerzo inicial que algunos hicimos a principios de los años setenta y hasta hoy<sup>6</sup>.

*En la Universidad creo que es buena esa continuidad que de alguna manera forma escuela. Vivimos tiempos de renovación universitaria, amparada, por fin, por una nueva ley que desarrolla el artículo 27.10 de la Constitución, la Ley de Reforma Universitaria. Pero ni esa ley ni ninguna otra ley podrán hacer nada en la regeneración universitaria y en los cambios que se necesitan si su impacto no es bien recibido por el colectivo universitario. Ni todo es blanco, ni todo es negro; como siempre, es claroscuro, y con esos mimbres tendremos que tejer el futuro. En el campo de la Filosofía del Derecho, ese colectivo de jóvenes profesores y la temática que les preocupa son una razón para la esperanza. Este libro es una prueba de ello.*

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

<sup>6</sup> Entre esta generación anterior se encuentra en primer lugar el profesor Elías Díaz y yo mismo, y los profesores López Calera, Pérez Luño y De Castro Cid. Todos, creo, somos deudores de la preocupación pionera del profesor Ruiz-Giménez.