

1993

El concepto de los derechos humanos y su problemática actual

Pérez Luño, Antonio Enrique

Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas : Boletín Oficial del Estado

Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. ISSN: 1133-0937. I(1). p. 179--198 (Feb-oct 1993)

<http://hdl.handle.net/10016/1416>

Descargado de e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid

EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL

Antonio Enrique Pérez Luño

*Catedrático de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Sevilla*



CUPARME del concepto de los derechos humanos me resulta una tarea familiar, por ser un tema que ha estado cotidianamente presente en mi investigación universitaria de estos últimos años; pero hacerlo dentro de los límites de espacio que prescribe la Dirección de *Derechos y Libertades*, y que yo no deseo transgredir, me resulta una empresa mucho más difícil.

El concepto de los derechos humanos ha ocupado un lugar preferente en mi quehacer intelectual desde la etapa de elaboración de la obra colectiva sobre *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema...* Definía allí los derechos humanos como: “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (1979, 43).

Con posterioridad, en publicaciones sucesivas he mantenido esa concepción (1984 *a*, 48; 1984 *b*, 46).

Por eso al abordar ahora esa temática se concitan en mí dos inquietudes de contrapuesto signo. De un lado, la pereza, o quizá mejor, la inercia intelectual me invita a hacer mía la célebre cita evangélica de Pilatos para decir: *quod scripsi, scripsi*; que lo escrito escrito está. No en vano, advierte Aldus Huxley, al prologar la segunda edición de su *Brave New World*, que la constante y obsesiva revisión de las propias ideas, o sea, el remordimiento crónico, constituye una deformación intelectual sumamente indeseable. Ello me incita a reconocer que, en el transcurso de los años que median desde que aquellos trabajos fueron elaborados y publicados hasta hoy, básicamente he sostenido y sostengo cuanto, en lo referente a este punto, exponía en ellos.

Pero, de otra parte, no se me oculta que frente a la concepción de la ciencia como conjunto de categorías y postulados inconmovibles, hoy se piensa que una teoría es científica en cuanto es falsable, es decir, en cuanto se halla abierta a su constante revisión a través de lo que parafraseando a Popper podemos calificar de sucesivas conjeturas y refutaciones.

En función de esas premisas, mi autorrevisión girará en torno a dos goznes: la alusión compendiada de los principales aspectos y argumentos de aquella definición de los derechos humanos que me mueven a considerarla todavía válida; y la alusión al nuevo horizonte que hoy se vislumbra como contexto teórico que puede condicionar dicho concepto; según he advertido en trabajos más recientes sobre las generaciones de derechos humanos (1991 *a*, *b* y *c*), su concepción funcionalista (1988 *c*) y otros estudios relativos a la temática de las libertades (1988 *a* y *b*; 1989 *a*; 1991 *d* y *e*).

La definición de los derechos humanos que sostengo responde a tres ideas-guía: 1.^a, *iusnaturalismo* en su fundamento; 2.^a, *historicismo* en su forma, y 3.^a, *axiologismo* en su contenido. Son éstas además las tesis sobre las que, en mayor medida, ha versado el debate doctrinal suscitado por mi planteamiento. De ahí que volver sobre ellas ahora me permite, a un tiempo: tratar de responder a las, para mí, estimulantes y sugerentes observaciones críticas avanzadas frente a esa concepción; aplicarme en clarificar aquellos puntos en los que pienso he sido malentendido; así como prolongar los argumentos esbozados anteriormente con nuevas consideraciones.

1. Por *fundamentación iusnaturalista* de los derechos humanos entiendo la que conjuga su raíz *ética* con su vocación *jurídica*. A tenor de ella los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológica; implican exigencias éticas de “deber ser”, que legitiman su reivin-

dicación allí donde no han sido reconocidas. Pero, al propio tiempo, constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos: su propia razón de ser se cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas. Cuando esa recepción se produce nos encontramos con los *derechos fundamentales*: aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Se trata siempre, por tanto, de derechos humanos “positivados”, cuya denominación evoca su papel *fundamentador* del sistema jurídico político de los Estados de Derecho (1984 b, 46 ss.).

La distinción germana entre *Menschenrechte* y *Grundrechte*; la francesa entre *droits de l'homme* y *libertés publiques*; o la italiana entre *diritti umani* y *diritti fondamentali*, responden a la respectiva dualidad de planos (prescriptivo y descriptivo) y al diferente nivel de positividad de ambas categorías. El empleo de la denominación “derechos humanos” con referencia a los derechos y libertades reconocidos en determinadas declaraciones y convenios internacionales puede suscitar cierta incertidumbre terminológica. No obstante, el uso en esa esfera de la denominación “derechos humanos” con preferencia al de “derechos fundamentales”, viene a corroborar que existe consciencia de la limitada garantía jurídica de los derechos proclamados en la mayor parte de declaraciones internacionales.

Pienso que con esta distinción se salvan determinadas imprecisiones, confusiones y ambigüedades usuales en el lenguaje de los derechos humanos. En este punto siempre me han parecido clarividentes las incisivas críticas de Bentham cuando previene de la confusión del hambre con el pan; es decir, las pretensiones, las exigencias y las expectativas de futuros derechos, con los derechos ya integrados en el ordenamiento jurídico positivo. Lo que ocurre es que esta precisión no cierra el problema. Porque carece de sentido hablar de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, la objeción de conciencia, o la igualdad ante la ley en sistemas jurídicos que no los reconocen, por tratarse de regímenes políticos fundados en el totalitarismo, la intolerancia y/o el *apartheid*. Pero tiene pleno sentido denunciar esas situaciones como contrarias o violadoras de los derechos humanos.

La fundamentación iusnaturalista permite, a mi entender, superar determinadas aporías a que se hallan abocadas las tesis positivistas. hecha la precisión de que utilizo los términos “iusnaturalismo” y “positivismo jurídico” en un sentido amplio y conjuntamente exhaustivo de las respuestas posibles en este punto (1971; 1984 a, 132 ss. y 184 b, 107 ss.).

a) Los problemas *filosóficos* del hiato “ser”/“deber ser”, la tradicional fractura entre la realidad jurídica y las exigencias éticas. El Derecho natural ha representado históricamente la categoría que ha servido para explicar y justificar la intersección entre el Derecho y la moral. Por eso, los derechos naturales, germen de los derechos humanos, supusieron la proyección de los valores morales a las situaciones jurídicas subjetivas. Si, de conformidad con un estricto positivismo, se traza una tajante separación entre moral y Derecho, los derechos humanos permanecen en el ámbito de los valores morales, y el Derecho queda circunscrito al reino de la coacción.

Los intentos de mediación propuestos en nombre de distinciones tales como las de: derechos morales y derechos legales; derechos débiles y derechos fuertes; derechos prenormativos y derechos normativos; derechos exigencias y derechos garantías o de las denominadas concepciones dualistas, representan intentos de revestir de forma jurídica a determinadas instancias valorativas éticas que definen la condición humana. De ahí que no duden en recurrir a la denominación de “derechos”, utilizada en todas estas expresiones para aludir a esos bienes humanos básicos. En el fondo suponen intentos de enfatizar y dar un sentido autónomo a las principales connotaciones que definen a los derechos humanos en la concepción iusnaturalista: su contenido moral, su juridicidad debilitada, su prenormatividad, su carácter de exigencias inherentes a la personalidad... Por ello, en aras de la claridad, me parece preferible situar estos empeños doctrinales en el seno de su común matriz iusnaturalista (con independencia de que quienes los defiendan sean o no conscientes de ello; lo cual, como enseña la Sociología crítica de la cultura es, por lo demás, irrelevante). Por idéntica inferencia he denunciado en otros trabajos el carácter positivista vergonzante de determinadas apologías al culto acrítico a la legalidad realizadas desde premisas sedicentemente iusnaturalistas) (1987 *b* y 1990 *a*).

No comparto la fe en la “magia de las palabras” que parece desprenderse de quienes suponen que los incuestionables problemas de la fundamentación de los derechos humanos puedan ser solventados con la sustitución de unos términos por otros con los que, a la postre, se va expresar lo mismo. Frente a esa logomaquia me parece más fértil mantener la expresión “derechos humanos”, para hacer referencia al conjunto de valores éticos de la personalidad que deben servir de fundamento y medida del Derecho positivo. Esa fue precisamente la gran enseñanza y la gran conquista histórica del iusnaturalismo racionalista democrático de la modernidad; sin cuyya aportación los derechos humanos y el propio Estado de Derecho resultan impen-

sables. Aceptar implícitamente esas premisas, y revestirlas del ropaje de denominaciones nuevas pretendiendo resolver así los problemas subyacentes y situarse al margen de la multiseccular polémica iusnaturalismo/positivismo, no pasa de ser un espejismo doctrinario. Estimo, en definitiva, que lo que las nuevas denominaciones, propuestas como alternativas de la concepción iusnaturalista de los derechos humanos, tienen de bueno no es nuevo (reproducen los argumentos de la fundamentación de los derechos humanos iusnaturalista) y lo que tienen de nuevo no siempre es bueno (introducen confusiones terminológicas y conceptuales).

b) No menos pertinente me parece la fundamentación iusnaturalista en el plano *jurídico*. Estimo que desde premisas positivistas resulta mucho más arduo y menos convincente explicar el alcance del término “derecho” en la expresión “derechos humanos”, que desde el iusnaturalismo. Ello se debe a que por ser el positivismo una teoría del Derecho *monista* circunscribe la juridicidad a la legalidad positiva. Desde esa perspectiva hablar de cualquier derecho natural, humano, moral o prenормativo, como algo distinto al Derecho positivo, supone una *contradictio in terminis*. El iusnaturalismo, en cuanto teoría jurídica *dualista*, distingue dos sistemas normativos: el Derecho natural integrado por el conjunto de valores previos al Derecho positivo, que deben fundamentar, orientar y limitar críticamente todas las normas jurídicas; y el Derecho positivo en cuanto puesto o impuesto con fuerza vinculante por quien ejerce el poder en la sociedad. Se trata de “derechos” con un *status* deóntico diverso, pero no o independiente; porque todo Derecho natural tiende a positivizarse, y todo Derecho positivo, en la medida que pretenda ser justo, debe ser conforme al Derecho natural (1982, 53 ss.).

Es cierto que lo que resulta menos evidente, y ha sido el principal motivo de las confusiones, controversias y ambigüedades que se han producido en el devenir histórico del iusnaturalismo, es la forma de entender el Derecho natural, o, más exactamente, la manera de entender la idea de naturaleza que subyace al concepto de Derecho natural. Porque en la historia de las doctrinas iusnaturalistas la noción de naturaleza y, en función de ella, la propia definición del Derecho natural se han plasmado en distintas concepciones, que pueden reconducirse a tres fundamentales: 1. La idea de naturaleza como *creación divina* y del Derecho natural como expresión revelada de la *voluntad* del Creador en el ámbito de las relaciones sociales. 2. La naturaleza como *cosmos*, es decir, como las leyes que rigen el *mundo físico* del que forman parte los hombres, que se hallan sujetos a su legalidad a través de sus *instintos y necesidades naturales*. 3. La naturaleza como *razón*,

como cualidad específica del ser humano que le permite establecer "autónomamente" sus normas básicas de convivencia. Estas "formas" de Derecho natural se han sucedido, en versiones más o menos puras o sincréticas, pero todas ellas han coincidido en una idea básica: la de subordinar la obediencia al Derecho positivo, y al poder del que éste emana, a su conformidad con el Derecho natural.

Conviene distinguir también un iusnaturalismo *ontológico, dogmático o radical*, que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretenden derivar valores y principios materiales universalmente válidos para cualquier derecho digno de serlo; de un iusnaturalismo *deontológico, crítico o moderado*, que no niega la juridicidad del Derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su substitución por un orden jurídico justo.

Personalmente me inclino por un iusnaturalismo racionalista y deontológico o crítico. Se ha objetado a esta actitud que es posible admitir la existencia de valores previos al Derecho positivo sin necesidad de hacer profesión de iusnaturalismo, a condición de mantenerlos en el plano de los sistemas normativos morales o sociales, pero no jurídicos. No deja de suscitar perplejidad que juristas del pasado y del presente sostuvieran y sostengan que los criterios que permiten discernir el Derecho correcto no son jurídicos. Esta actitud no halla parangón en la teoría del conocimiento, donde no se discute el carácter lógico de los criterios que distinguen la verdad de la falsedad; como no se cuestiona el carácter estético de los criterios que deslindan la belleza de la fealdad; ni se polemiza sobre la naturaleza moral de los postulados que distinguen el bien del mal. Mantiene aquí plena vigencia la célebre advertencia kantiana de que una definición general del Derecho debe entrañar un criterio de delimitación de lo justo de lo injusto; pues una doctrina jurídica empírica, limitada a dar cuenta de las leyes positivas de un determinado lugar y tiempo, podría ser (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) hermosa, pero lamentablemente carecería de seso.

La razón de ser del iusnaturalismo deontológico reside, precisamente, en ofrecer un concepto de juridicidad general y comprensivo no sólo del Derecho realmente existente, sino de las pautas axiológicas que deben informar el Derecho positivo y, cuando no lo son, legitiman su denuncia. Ambos planos no se confunden, pero tampoco pueden concebirse como compartimentos estancos separados por una fractura epistemológica insalvable. (En este punto he intentado conjugar esta versión del iusnaturalismo con la teoría de la experiencia jurídica, en cuanto tentativa de captar el Derecho en su

entero desenvolvimiento tridimensional: desde su génesis en las conductas sociales, a su formalización normativa y su legitimación axiológica) (1971; 1982; 1990 b).

Este enfoque tiene puntual incidencia en mi concepción de los derechos y ha sido soslayado por algunos de sus críticos. Porque, desde la tesis que defiendo, resulta evidente que no todo derecho humano es un derecho fundamental, mientras no haya sido reconocido por un ordenamiento jurídico positivo; pero, a la inversa, no es posible admitir un derecho fundamental que no consista en la positivación de un derecho humano. Los derechos fundamentales no son categorías normativas abiertas a cualquier contenido, sino concreciones necesarias de los derechos humanos en cuanto instancias axiológicas previas y legitimadoras del Estado, que éste ni puede inventar ni puede desconocer.

c) Entramos con ello en el terreno de las razones *políticas* que avalan la fundamentación iusnaturalista. El iusnaturalismo ha tenido como persistente función histórica la de establecer límites al poder. Al difundir en la conciencia cívica la idea de que existen valores inherentes a la persona humana que ninguna autoridad política puede transgredir, los teóricos del Derecho natural de la modernidad ofrecieron una explicación del *porqué* de los derechos que no puede ser descartada sin debilitar, al propio tiempo, los fundamentos de los derechos humanos.

Los intentos históricos tendentes a ofrecer una alternativa positivista a la concepción iusnaturalista de los derechos humanos conducen, inevitablemente, a comprometer su operatividad política. Baste pensar en cuanto supuso en el siglo XIX la categoría de los *derechos públicos subjetivos*, acuñada por la Escuela alemana del Derecho público, como un intento de sustituir la idea de los derechos naturales en cuanto libertades de los ciudadanos frente al poder del Estado, por unos *status* subjetivos que dependen de la autolimitación estatal. Conviene recordar, como certeramente lo han hecho Alfred Verdross y Antonio Truyol y Serra, que esa forma de entender los derechos tenía como correlato la impugnación del carácter jurídico del Derecho internacional relegado a la mera "voluntad de los Estados", y concebido más como reglas de ética o de cortesía entre las naciones (*comitas gentium*) que como un auténtico Derecho.

Las actuales teorías positivistas tienden a fundamentar y explicar los derechos en función de una teoría "pura", es decir, estrictamente limitada a la normatividad positiva, o en base a criterios "sistémicos" o "autopoiéticos", o sea, de autorreferencias inmanentes al propio ordenamiento jurídico. De

ahí que para el positivismo jurídico, lo mismo el decimonónico que el del presente, los derechos fundamentales han perdido el significado reivindicativo y axiológico, para convertirse en autolimitaciones y concesiones del poder o en subsistemas que reflejan la racionalidad intrínseca y garantizan la estabilidad y autoconservación del sistema jurídico político. Queda abierta la cuestión básica del cómo sustraer esos derechos de la voluntad estatal.

Frente a ese riesgo de aniquilación de la garantía política consustancial a los derechos humanos, el principal mérito de la función histórica del Derecho natural reside en haber contribuido a fomentar en la sociedad el ideal de la racionalidad. En haber enseñado a los hombres a vivir en la sociedad y en el Estado según una ley que no sea el producto de la fuerza o del arbitrio, sino de aquella facultad que hace del hombre un ser humano: la razón. Una razón que en circunstancias diferentes podrá prescribir comportamientos diversos, pero que supondrá siempre la necesidad de legitimar el poder en el consentimiento y la participación popular, a la vez que orientará al gobierno surgido de la mayoría en el respeto de los derechos humanos (1984 a, 209 ss.).

2. Debo aclarar, porque éste ha sido otra de las fuentes de continuos malentendidos en relación con mi adhesión al iusnaturalismo, que la razón a la que estoy apelando es la razón práctica. No se trata, por tanto, de fundar el criterio de legitimidad en valores absolutos e intemporales captados por la lógica demostrativa, sino de indagar las premisas axiológicas de los derechos humanos a partir del examen de la realidad social, es decir, a través de una lógica argumentativa, del sentido común y de la *experiencia histórica*.

Es sabido que una de las críticas más penetrantes esgrimidas contra el iusnaturalismo clásico y moderno ha sido la de su ahistoricismo. La cultura filosófica y jurídica de nuestros días no acepta la existencia de un orden objetivo integrado por postulados universales, absolutos e inmutables de los que la razón pudiera extraer, de una vez por todas, los principios ordenadores de las sociedades justas. Esta puede ser una importante cortapisa al influjo actual de las ideas sobre la racionalidad práctica de los iusnaturalistas. Pero no sería lícito olvidar que, precisamente, uno de los aspectos más encomiados de la Escuela española, en relación con los excesos “ucrónicos” de la Escuela racionalista del Derecho natural, ha sido el de su sensibilidad hacia lo concreto y su apertura a lo histórico. En los inicios de nuestro siglo Joseph Kohler, en un estudio que ha devenido indispensable, valoró la flexibilidad de la concepción iusnaturalista de los clásicos españoles. Para ellos el Derecho natural no es un código rígido e inmutable, sino que, respetando el carácter

universal e incondicionado de los primeros principios, admiten la adaptación de sus derivaciones a las circunstancias históricas. Los *magni hispani* supieron aplicar los principios generales del Derecho natural aristotélico-tomista a las exigencias concretas de su tiempo, ofreciendo soluciones a numerosos conflictos éticos, jurídicos y políticos. Su método constituye, por eso, un valioso ejercicio de racionalidad práctica que puede ser útil a los juristas, en cuanto que su labor suele tener por objeto la aplicación de normas generales a la peculiaridad de los casos planteados (1987 b; 1992).

De ser cierta la observación de Nietzsche a tenor de la cual sólo es definible lo que no tiene historia, explicaría las dificultades que entraña conceptualizar a una realidad proteica como los derechos humanos. La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas "generaciones" de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada "contaminación de las libertades" (*'liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de “deber ser”. Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo de su concepto. Faltos de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad (1991 a b y c).

3. Concebir el *contenido* de los derechos humanos en términos *axiológicos* exige dar respuesta a una triple cuestión: tomar partido por una determinada concepción de los valores, puesto que incluso quienes aceptan su existencia y la posibilidad de su conocimiento (cognitivismo) no se ponen de acuerdo en explicar su naturaleza y alcance; especificar qué valores son los directamente relacionados con los derechos humanos; y comprobar su incidencia en la experiencia jurídica práctica. No hacerlo, o hacerlo insuficiente, se me ha objetado que podría hacerme incurrir en uno de los defectos que yo mismo denunciaba al criticar las definiciones “teleológicas” de los derechos humanos; es decir, aquellas que eluden afrontar el significado de la expresión para remitirse sucesivamente a valores de contenido impreciso.

a) Respecto a lo primero he intentado evitar los extremos de la Escila y Caribdis que representan las versiones radicales del objetivismo y el subjetivismo axiológicos. Estimo que los valores que informan el contenido de los derechos humanos no pueden concebirse como un sistema y estático de principios absolutos situados en una esfera ideal anterior e independiente de la experiencia, como pretende el *objetivismo*; pero tampoco pueden reducirse al plano de los deseos o intereses de los individuos, como propugna el *subjetivismo*. Siempre he sentido desconfianza respecto a las tesis que propugnan un orden ontológico, cerrado y ahistórico de valores metafísicos, eternos e inmutables, porque existe el riesgo de que un sector de la sociedad, sintiéndose intérprete y portavoz de ese orden axiológico objetivo, trate de imponer una “tiranía de valores” a los demás; lo que es abiertamente incompatible con un sistema ético, jurídico y político pluralista. No menos insatisfactorias

me han parecido y me parecen determinadas versiones del subjetivismo que, al extremar su matriz individualista, engendran formas de decisionismo o la propia anarquía de los valores.

Frente a estas posturas he abogado por un *intersubjetivismo* axiológico, que parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones que permiten a la racionalidad práctica llegar a un cierto consenso abierto y revisable, sobre el fundamento de los derechos humanos. Pero cualquier concepción o fundamentación de los derechos humanos no puede quedar reducida a una serie de argumentaciones formales o procedimientos dialógicos, por grande que sea su elaboración y depuración discursiva. Pienso que en esta esfera, más que en cualquier otra, no se puede perder de vista la referencia de *humanidad* que constituye la razón de ser de cualquier derecho y, por antonomasia, de los derechos humanos. De ahí que el consenso al que apelo, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su indeclinable soporte antropológico.

Mi postura ha intentado ser una mediación crítica entre dos tesis ligadas al desarrollo del marxismo contemporáneo de inequívoco signo antidogmático y humanista: la teoría consensual de la verdad elaborada por el último de los teóricos de la Escuela de Francfort, Jürgen Habermas; y la filosofía de las necesidades radicales defendida por la Escuela de Budapest y, de modo especial, por Agnes Heller. La primera proporciona el marco metódico, las condiciones ideales a que debe someterse el discurso racional fundamentador de los valores, así como *a contrario sensu* denuncia los factores que en las sociedades históricas distorsionan o impiden la posibilidad de llegar a legitimaciones racionales de los valores generalizables o universalizables en cuanto dotadas de "objetividad intersubjetiva". La segunda ha aportado datos relevantes sobre las condiciones antropológicas, sobre las exigencias o necesidades de la naturaleza humana que constituyen la base material de todo valor (1984 a, 132 ss.). En los últimos años el desarrollo de estas tesis en valiosos trabajos de otros filósofos del Derecho me ha confirmado en la convicción de que se trata de una senda teórica plena de posibilidades, que merecen ser exploradas y profundizadas.

b) Una vez explicitada la concepción axiológica de los derechos humanos a la que me adhiero, me incumbe concretar *cuáles son y qué sentido tienen* los valores que la informan. El punto de partida obligado de esta consideración se cifra en la tesis comúnmente aceptada de que los derechos humanos son especificaciones históricas y proyecciones subjetivas de un valor

jurídico y político omnicomprendivo y fundamental: la justicia. En cierto modo fue Kant quien, al precisar el *suum quique/meum iuris* objeto tradicional de la justicia como aquello con lo que la persona está tan inescindiblemente ligada que cualquier uso que otro pudiera hacer de ello sin su consentimiento le causaría una lesión, estableció de forma implícita la derivación de los derechos de la justicia. Los derechos humanos consisten, precisamente, en facultades inherentes a la naturaleza misma del hombre y, por ello, inalienables por parte de sus titulares e imprescriptibles, cuya violación supone una agresión directa a la propia personalidad humana. De ahí su carácter inviolable *erga omnes*, y especialmente frente a quienes ejercen el poder.

La condición axiológica de los derechos humanos no se agota en su dependencia del concepto general de justicia, se prolonga en la determinación de su contenido ligado a los valores de la *dignidad*, la *libertad* y la *igualdad*. No es casual que hayan sido estos valores aquellos a los que históricamente se ha acudido con mayor asiduidad para definir a la propia justicia. Es cierto que se ha dado en este punto una cierta tendencia reduccionista tendente a identificar los derechos humanos con cada uno de estos valores, a tenor de las épocas y de las premisas ideológicas desde las que se ha planteado el concepto y fundamento de los derechos humanos. Así, para una larga tradición doctrinal, que parte del iusnaturalismo racionalista (en especial de Pufendorf) la dignidad humana se identifica con la propia noción de los derechos humanos. No menos consolidada se presenta la tesis que hace de la libertad el derecho básico del hombre, al hallarse todos los demás derechos comprendidos en ella (Kant y en época reciente Hart y Rawls), o que postula como términos equivalentes e intercambiables las nociones de las libertades y de los derechos humanos. Asimismo, desde otras perspectivas (Marx), será la igualdad el derecho humano básico y omnicomprendivo.

He polarizado el contenido de los derechos humanos en función de estos tres valores básicos por entender que son los que más decisivamente informan y contribuyen al despliegue de los distintos derechos concretos. *La dignidad humana* representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad dirigidos a tutelar su *integridad moral* (derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad, abolición de tratos inhumanos o degradantes...), así como su *integridad física* (derecho a la vida, garantías frente a la tortura...). *La libertad*, que sirvió de ideal reivindicativo de los derechos de la primera generación, ofrece el marco de imputación axiológica de las *libertades: personales* (en materia ideológica y religiosa, de residencia y circulación, de expresión, de reunión, manifestación y asociación, así como de enseñanza...), *civiles*

(garantías procesales y penales) y *políticas* (derecho a la participación política representativa a través de partidos políticos y directa mediante el referéndum, el ejercicio del derecho de petición o la iniciativa legislativa popular, así como el derecho al sufragio activo y pasivo...). A su vez, *la igualdad* se explica a través del conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales que conforman la segunda generación de derechos humanos (1984 *b*, 169 y ss.; 1988 *b*, y 1989 *b*).

Otros valores que suelen aducirse en relación con el fundamento o la caracterización los derechos humanos entiendo que: o son presupuestos para el ejercicio de los derechos, tal sería el caso de la *paz*; o bien pueden ser reputados aspectos conformadores de los tres valores que, en el planteamiento que sostengo, compendían el substrato axiológico de los derechos. Así, el *pluralismo* constituye un aspecto central de la libertad en la esfera política; la *seguridad* es un aspecto de la justicia general que informa el estatuto de las libertades civiles (1991 *f*); en tanto que la *solidaridad*, valor guía de los derechos de la tercera generación, puede considerarse (y en ello la doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana, en relación con el sentido de los artículos 2 y 3.2 de su vigente Constitución, ofrecen una referencia estimulante) como el substrato de los derechos y deberes entre todos los miembros de la colectividad que dimanen de la igualdad en su dimensión material o substancial.

En definitiva, como quiera que todo valor y toda virtud tienen como punto de referencia último la persona humana, en la integridad de sus capacidades y necesidades, a medida que se profundiza en su consideración se tornan más convencionales e inciertas las fronteras que los distinguen. La dignidad humana, en cuanto se concreta en el autónomo desarrollo de la personalidad, no puede ser ajena a la libertad: ésta, a su vez, no sólo se halla inescindiblemente vinculada a la dignidad, sino que en sus dimensiones positiva y comunitaria implica a la igualdad, porque difícilmente se puede hablar de libertad para *todos*, si *todos* no son iguales entre sí; al propio tiempo que la igualdad persigue y se orienta hacia la dignidad y la libertad, puesto que repugnaría a su propia condición de *valor* el que se la pudiera concebir (aunque de ello no han faltado ejemplos históricos) como igualdad en la humillación y en la opresión (1988 *b*; y 1989 *b*).

c) La concepción axiológica del contenido de los derechos humanos no está exenta de *consecuencias prácticas*. Este enfoque permite una mejor comprensión de las normas, con preferencia constitucionales, mediante las que aquellos que positivizan como derechos fundamentales. La peculiar estructu-

ra de esas categorías normativas en las que predominan las remisiones expresas a valores, principios o cláusulas generales más que las reglamentaciones analíticas, hacen insuficientes los instrumentos y pautas hermenéuticas de la dogmática positivista forjada en el siglo XIX. He intentado dar cuenta en algunos trabajos de esos nuevos rumbos y exigencias metódicas que hoy presiden la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales.

No deja de suscitar perplejidad el hecho de que muchos derechos fundamentales, es decir, derechos humanos que han sido objeto de recepción positiva en los textos de máxima jerarquía normativa de los ordenamientos jurídicos —las Constituciones— carezcan de protección judicial efectiva. Para la dogmática positivista, los derechos públicos subjetivos, por contraste a los derechos naturales, merecían la condición de *derechos* en cuanto categorías normativas directa e inmediatamente invocables ante los tribunales de justicia. Por eso, desde sus premisas teóricas, que establecían una identificación entre positividad, validez y vigencia del Derecho, resulta imposible ofrecer una explicación satisfactoria de la peculiar naturaleza jurídica de determinados derechos fundamentales del presente, en particular de los derechos de la segunda y tercera generación. Los textos y las jurisdicciones constitucionales suelen reputarlos normas “programáticas” o pautas informadoras de la actuación legislativa y/o de los poderes públicos. Se trata de derechos cuya tutela efectiva se reenvía al futuro, y que más que obligaciones jurídicas estrictas enuncian compromisos políticos imprecisos (1984 a, 249 y ss.; 1984 c; y 1986).

Se suscita así una *paradoja fundamental* en la teoría de los derechos y libertades del presente. Porque ¿cómo negar la condición de auténticos derechos, a aquellos que han sido válidamente reconocidos (positivados) en textos constitucionales? Pero, al propio tiempo, ¿cómo se pueden considerar derechos positivos enunciados normativos que no son justiciables? La jurisprudencia y la doctrina constitucionalista ha contribuido a confundir, más si cabe, la cuestión al considerar estos derechos como expectativas, pretensiones (*claims*) o exigencias de futuro. Se plantea así la paradoja insoslayable de unos derechos cuyo *status formal* es el de normas positivas que satisfacen plenamente los requisitos de validez jurídica de los ordenamientos; pero cuyo *status deóntico* está más próximo al de los derechos naturales o al de los derechos humanos (en cuanto exigencias humanas que *deben ser* satisfechas), que al de los derechos fundamentales, entendidos como categorías jurídico-positivas que *están* dotadas de protección jurisdiccional.

Estimo que las vicisitudes actuales de los derechos humanos y los derechos fundamentales muestran la inoportunidad de un planteamiento de fractura entre el mundo de los valores éticos y el de las normas jurídicas. La enseñanza más provechosa del tridimensionalismo y de la teoría de la experiencia jurídica se cifra en su contribución a superar la angosta visión del Derecho reducida a su expresión formal normativa, propia del positivismo. Las normas jurídicas no pueden concebirse ni explicarse si no con referencia a las sociedades históricas que las producen y a cuya regulación se orientan, ni a los valores que las inspiran y les sirven de medida crítica. Mis trabajos sobre la temática de los derechos humanos han perseguido, en definitiva, mostrar algunos aspectos en los que se explicita ese proceso de acciones y reacciones mutuas entre los valores, las formas normativas y la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

1971

Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna, con prólogo de Guido Fassò, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

1979

Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema (en colaboración con: J. L. Cascajo, B. de Castro y C. Gómez Torres), Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.

1982

Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica, Minerva, Sevilla, 3.ª ed., 1988.

1984

- a) *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 1991.
- b) *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 1991.
- c) "La interpretación de la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, pp. 82-132.

1986

"La interpretación de los derechos fundamentales", en la obra col. *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Estudios en honor del Profesor D. Antonio Truyol Serra*, Centro de Estudios Constitucionales & Universidad Complutense, Madrid, pp. 955-994.

1987

- a) "La Contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo", en *Anuario de Derechos Humanos*, tomo 4, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez, pp. 259-289.

- b) "Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien", en *Rechtstheorie*, tomo 18, fas. 3, pp. 313-334.
- c) "Concepto y concepción de los derechos humanos." (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta), en *Doxa*, núm. 4, pp. 47-66.

1988

- a) "La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", en la obra col. *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo III, pp. 2345-2370.
- b) "Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos", en el vol. col. *Problemas Actuales de la Justicia. Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 831-839.
- c) "Análisis funcional de los derechos fundamentales", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, pp. 177-202.

1989

- a) *Libertad informática y leyes de protección de datos personales* (en colaboración con: M. Losano y M. F. Guerreo Mateus), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- b) "Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos", en el vol. de J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. a cargo de G. Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, pp. 279-288.

1990

- a) "Recht, Moral und Politik: Zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Spanien während der Franco-Zeit", en el vol. col. *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, a cargo de E. Garzón Valdés, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 329-341.
- b) "Democracia y derechos humanos en Bartolomé de las Casas. Estudio Preliminar al Tratado *De Regia Potestate*", en Fray Bartolomé de las Casas, *Obras Completas*, Alianza Editorial, Madrid, vol. 12, pp. I-XXXIX.

1991

- a) "La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales", en el vol. col. *Problemas de legitimación en el Estado social*, a cargo de E. Olivas, Trotta, Madrid.
- b) "Le generazioni dei diritti umani", en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti della tecnologica* (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, pp. 139-155.
- c) "Las generaciones de derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, pp. 203-217.
- d) "¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho", en *Sistema*, núm. 102, pp. 83-97.
- e) "¿Qué deber? Consideraciones sobre el deber de obediencia al Derecho, con especial referencia a las tesis de H. L. A. Hart", en el vol. col. *Obligatoriedad y*

Derecho. XII Jornada de Filosofía Jurídica y Social (Oviedo, 28 al 30 de marzo de 1990), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, pp. 381-406.
f) *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona.

1992

Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho y la polémica sobre el Nuevo Mundo, en curso de publicación por la Editorial Trotta, Madrid.

