

MORALIDAD Y JURIDICIDAD EN LOS DERECHOS. APROXIMACIÓN ENTRE CONCEPCIONES

Roberto-Marino Jiménez Cano (Universidad Carlos III de Madrid)

SUMARIO. Introducción. 1. Moralidad y juridicidad en los derechos. 1.1. La disputa entre los derechos “jurídicos” y los derechos “morales”. 1.2. Carácter terminológico de la controversia sobre los derechos humanos como derechos morales. 1.3. Algunas concepciones de los derechos humanos como derechos morales. 1.4. Críticas a estas concepciones. 2. Aproximación de las concepciones en favor de una raíz moral de los derechos. 2.1. Iusnaturalismo deontológico o renovado y positivismo corregido. 2.2. Proximidad de posturas. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo está ubicado en el marco de los problemas conceptuales y de fundamentación de los derechos humanos y responde a unas coordenadas muy limitadas, sobre todo en la extensión. Es por ello que, a lo largo de la elaboración de estas líneas, se han encontrado multitud de cuestiones conexas que no han podido ser desarrollados pertinentemente. Desde la misma problemática de poder diferenciar (dualismo) o no (monismo) concepto y fundamento hasta la necesidad, posibilidad o utilidad de fundamentar los derechos (asunto teórico) o centrarse en su protección (asunto práctico), pasando por el propio concepto de *derecho* o la multitud de razones justificatorias de los mismos (morales o no, sustantivas o formales...) y de las diversas variantes u opiniones dentro de las mismas o los diversos problemas terminológicos.

Pocos de estos temas serán tocados, y no con la profundidad deseada, centrándose en ver el dispar tratamiento de la doctrina sobre el concepto de “derecho” a raíz de la concepción de los derechos humanos como derechos morales y los puntos de acuerdo de alguna de las mismas con otras teorías, aparentemente, más distanciadas.

En los últimos veinte años, se ha venido hablando abundantemente en la doctrina en lengua española de los “derechos morales” en general¹ y, más concretamente, de los derechos humanos como derechos morales. En este trabajo interesa especialmente este segundo aspecto de la discusión y la disputa entre partidarios y detractores de usar esta terminología —“derechos morales”—, pero limitándola a algunos autores que tienen en común —tanto los que están a favor como los que están en contra de la citada expresión— defender dos tesis: los derechos humanos tienen un fundamento moral y existe una diferenciación entre Derecho y moral (aunque eventualmente puedan compartir contenidos).

¹ Sobre el tema en el ámbito anglosajón es interesante vid., ROJO, J. M., “Los derechos morales en el pensamiento angloamericano”, en *Anuario de Derechos humanos*, n.º 5, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1988-89, pp. 231-249.

Tampoco se tratarán todos los autores que propugnen tales tesis, sino únicamente una muy pequeña parte de ellos que, a su vez, sirvan para reflejar la proximidad entre unas posturas que podrían aparecer irreconciliables.

1. MORALIDAD Y JURIDICIDAD EN LOS DERECHOS

En este primer epígrafe se pretende comenzar explicando qué es un derecho, un derecho subjetivo, y las variadas teorías acerca de su concepto. Se verá que si bien las primeras tendencias sobre el derecho subjetivo eran jurídicas, posteriormente aparecieron teorías que extendían o que también reclamaban para sí una ampliación del concepto de derecho subjetivo al campo de la moral, conformándose, por un lado, un concepto de derecho subjetivo “jurídico” y, por otro, un concepto de derecho subjetivo “moral”.

Este concepto de derecho moral será, a juicio de algunos autores, la base del concepto de derecho humano mientras que, para otros, se hará imprescindible la juridicidad para poder hablar de derechos humanos o, de forma más precisa, de derechos fundamentales. Se planteará en este punto una controversia que, como se verá, entiendo simplemente terminológica.

Para finalizar, se profundizará en el concepto de derecho humano como derecho moral y las críticas que se han vertido sobre esta caracterización.

1.1. La disputa entre “derechos jurídicos” y “derechos “morales”

El frente de batalla entre partidarios y detractores de los derechos morales parte de considerar o no a los mismos como auténticos derechos subjetivos. Con el objeto de responder a la cuestión de qué es un derecho subjetivo se han desarrollado desde el siglo XIX varias teorías, entre las que destacaría la teoría de la voluntad y la del interés.

Bernhard Windscheid, principal defensor de la teoría de la voluntad, definió el derecho subjetivo como un poder o señorío de la voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico como una voluntad jurídicamente protegida; voluntad que puede manifestarse provocando el nacimiento, modificación y extinción de derechos propios o exigiendo de otro sujeto un comportamiento previsto en las normas que amparan el derecho propio).

Los partidarios de la teoría del interés, con Rudolf von Jhering a la cabeza, entendieron por derecho subjetivo un “interés jurídicamente protegido”, de tal forma que sin protección jurídica puede seguir existiendo el interés, ventaja, beneficio o utilidad pero no ya el derecho subjetivo)².

Las teorías anteriores han sido creadas y desarrolladas principalmente por juristas y desde perspectiva jurídica, pero las mismas han servido de base para reformulaciones orientadas a análisis sobre los derechos desde sistemas normativos diferentes al jurídico, principalmente el moral³. Y ello, sencillamente,

² En relación a las diversas teorías acerca del concepto de derecho subjetivo vid., SAUCA, José María, “El derecho subjetivo”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R. de, *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 275 y ss.

³ Precisamente esto, argumentar sobre la base de la categoría jurídica “derecho subjetivo”, le parece inaceptable a Gregorio PECES-BARBA por parte de la teoría de los

porque no se han visto razones suficientes para que la expresión “tengo derecho a” sea usada exclusivamente en el discurso jurídico⁴.

De esta manera, y a modo de ejemplo, se ha reformulado la teoría de la voluntad en el sentido de que tener un derecho es tener un ámbito de la voluntad propia reconocido en un sistema normativo como preeminente sobre la voluntad de otros⁵.

Junto a las teorías jurídicas han surgido otras no ya como reformulaciones de éstas, aunque en ocasiones derivadas de ellas, que pueden resumirse, según la clasificación de Horacio Spector en teoría de la elección (tener un derecho es tener una justificación moral para restringir la libertad de elección de otra persona), de las pretensiones válidas (tener un derecho es equiparable a tener una pretensión válida, lo cual a su vez significa estar en una posición adecuada, según un sistema normativo, para pretender o demandar) y de los títulos (los derechos no son pretensiones contra alguien, sino títulos —derechos— a algo)⁶.

Como puede observarse, la viabilidad de derechos (subjetivos) morales no resultaría —según estas teorías— de su juridicidad, esto es, de su protección jurídica, sino de que la pretensión, el título, la voluntad, el interés o el beneficio sea moralmente relevante y justificado y el *status* como “derecho” sea concedido por un sistema normativo (sea cual sea y, por ende, pudiendo ser un sistema moral). Al contrario, para los detractores de la expresión “derechos morales” sin protección o reconocimiento jurídico no hay derecho subjetivo. Sólo serían derechos subjetivos los derechos “jurídicos”.

De este modo, se pueden encontrar opiniones como la de Roberto Vernengo, según el cual sólo son derechos subjetivos los “derechos jurídicos” pues únicamente ellos son instituciones (vinculados a protección jurídica)⁷ o la de Gregorio Robles, para el que los derechos humanos no son, en verdad, auténticos derechos —protegidos mediante acción procesal ante un juez— sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia

derechos morales. Así, escribe “me parece menos aceptable que se mezclen las dos categorías de “derechos morales” y “derechos subjetivos”, y que se intente argumentar sobre los “derechos morales” con categorías incorporadas por la doctrina jurídica alemana, y en general continental, al construir el concepto de derecho subjetivo”, en Peces-Barba, G.; Asís, R. de; Fernández, C.R.; Llamas, A., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE. Madrid, 1995, p. 49.

⁴ De esta opinión son, entre los autores españoles actuales, Francisco LAPORTA —al que se le prestará mayor atención en páginas siguientes— Juan Ramón de PÁRAMO (“El concepto de derecho: Una introducción bibliográfica”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, Madrid, 1986-1987, p. 199) o Jerónimo BETEGÓN (“Derecho subjetivo”, en Betegón, J.; Gascón, M.; Páramo, J.R. de; Prieto, L., *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 172).

⁵ RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 39.

⁶ SPECTOR, H., “La filosofía de los derechos humanos”, en *Isonomía*, n.º 15, octubre 2001, pp. 722 y ss.

⁷ Una institución supone la existencia de un conjunto normativo, esto es, de normas que conceden facultades e imponen deberes y normas que prescriben el comportamiento de órganos estatales para el caso en el que el titular del derecho subjetiva lo requiera. Vid., VERNENGO, R.J., “Los derechos humanos y sus fundamentos éticos”, en Muguerza, J. *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, edición a cargo de Gregorio Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp. 334-335.

humana⁸. Llamar “derechos” a estos criterios morales es “sólo una forma de hablar”⁹.

Frente a estas posiciones, Carlos Nino entiende que si la supuesta falta de contenido coactivo de las normas morales no es óbice para que ellas generen deberes no se ve por qué deberían impedir que generen derechos ni tampoco parece que el que las normas morales no estén respaldadas por sanciones sea óbice para que ellas generen derechos subjetivos¹⁰. En primer lugar, no es claro que, cuando son aceptadas, no estén respaldadas por sanciones de algún tipo —como el reproche moral— y aun por sanciones ejecutadas a través del aparato coactivo del Estado, sin que por ello se conviertan necesariamente en normas jurídicas. Y aún es menos claro —sigue aduciendo Nino— por qué debería exigirse el respaldo de sanciones para que las normas morales generen derechos, cuando ello no ocurre en el caso de los deberes o responsabilidades morales, “sólo si los derechos subjetivos se identificaran con acciones procesales esta posición parecería tener algún sustento, pero, por supuesto, no hay razón para tal identificación, sobre todo cuando ni siquiera los derechos subjetivos jurídicos son completamente reducidos a tales acciones”¹¹.

Pero, al fin y al cabo, que para unos el derecho subjetivo sólo pueda ser jurídico mientras que para otros también pueda ser moral no es una cuestión —pese a las apariencias— totalmente de fondo, sino terminológica¹². Para los primeros, los individuos de una sociedad siempre serían titulares de derechos humanos (morales) con vocación de transformarse en Derecho (derechos fundamentales, si se quiere), para los segundos los individuos sólo tendrían derechos fundamentales si así lo determina un sistema jurídico determinado. Esta discrepancia que efectivamente puede ser de fondo en algunas ocasiones, en otras se convierte en una disputa de vocabulario¹³ o “de forma de hablar”, puesto que la lejanía entre una universalidad de derechos de todos los hombres (por cuanto titulares de derechos morales) y una imposibilidad de la universalidad o una universalidad limitada a algunos (en tanto que titulares de derechos fundamentales —jurídicos—)¹⁴ queda atenuada con posturas

⁸ ROBLES, G., *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 19 y 20.

⁹ Sostiene Gregorio Robles que “mientras que los llamados derechos humanos no son verdaderos derechos, sino tan sólo una forma de hablar para referirse a criterios morales, los derechos fundamentales son auténticos derechos subjetivos a los que el ordenamiento jurídico distingue de los derechos subjetivos ordinarios mediante un tratamiento normativo y procesal privilegiado. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos privilegiados” (id., pp. 21 y 22).

¹⁰ NINO, C.S., “Sobre los derechos morales”, en *Doxa*, n.º 7, 1990, p. 314.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Es cierto que se estaría ante una cuestión de fondo al discutir si los intereses o pretensiones éticas justificadas tienen protección jurídica o no. Sin embargo, el *fondo* al que se hace referencia es la propia denominación “derecho moral” de tales intereses o pretensiones, puesto que resulta claro que éstas o aquéllos —hasta que no se transformen en Derecho— no tendrían protección jurídica alguna.

¹³ “En el fondo, al menos en parte, estamos ante una mera disputa verbal estipulando un sentido u otro para el término “derechos”” escribirá Gregorio PECES-BARBA en “La universalidad de los derechos humanos”, en *Doxa*, n.º 15-16, 1994, p. 624.

¹⁴ Así, Luis PRIETO limita la universalidad a toda persona dependiente de la jurisdicción de un país (*Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 80).

como la de Gregorio Peces-Barba que, sin considerar a los derechos humanos como morales, escribe que la universalidad debe ser planteada desde la moralidad y no desde la juridicidad, “desde las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos”¹⁵.

1.2. Carácter terminológico de la controversia sobre los derechos humanos como derechos morales

Evidentemente, no todos los planteamientos a favor de los derechos morales son iguales ni tampoco los contrarios a ellos, mas hay algunos de entre todas —los que tienen en común una fundamentación moral de los derechos humanos y la tesis de diferenciación entre moral y Derecho— que en realidad son posturas no tan alejadas en cuestiones de fondo, aunque lo estén en cuestiones de forma o de términos.

En este sentido, escribe Peces-Barba “no se debe tampoco hacer un mundo de lo que puede ser una mera disputa verbal, puesto que todos partimos de que los derechos fundamentales son la última fase de un proceso que arranca de la moralidad. Probablemente, en puridad, hay mucho más de común entre estos dos planteamientos que utilizan en un caso el término “pretensiones justificadas” o “reclamaciones”, “claim” en inglés, y en otro “derechos morales”¹⁶.

Tiene razón Peces-Barba en estas palabras, pues hay mucho en común entre los partidarios de los derechos morales, los iusnaturalistas renovados que respetan la diferenciación entre Derecho y moral y los positivistas corregidos. En el siguiente apartado se verán algunas posturas sobre los derechos humanos como derechos morales y sus críticas, posteriormente se apuntarán otras argumentaciones sobre los derechos humanos, una quizá más iusnaturalista y otra más positivista pero que entiendo, en cierta medida, afines. Finalmente, compararé unos y otros enfoques en orden a demostrar sus aproximaciones.

Eusebio Fernández afirma, en relación con el acuerdo básico de su concepción sobre los derechos humanos con la de Antonio-Enrique Pérez Luño, que el que “hable de fundamentación ética y de derechos morales es un problema puramente terminológico, para evitar esos fantasmas de las posturas iusnaturalistas basados en la equivocidad y ambigüedad de la expresión ‘derechos naturales’¹⁷.

En un sentido que podría parecer contrario a lo sostenido en este trabajo, Alfonso Ruiz Miguel ha tratado de argumentar que aceptar o rechazar la expresión “derechos morales” no es *mera cuestión “semántica”*¹⁸. Para Ruiz

¹⁵ PECES-BARBA, G., “La universalidad de los derechos humanos”, cit., p. 623.

¹⁶ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 49.

¹⁷ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 113. En relación con la posición de Eusebio Fernández respecto a los derechos humanos como derechos morales y sus diferencias con otros autores Ángel LLAMAS entenderá que la disputa es tan sólo terminológica (*Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 179).

¹⁸ RUIZ MIGUEL, A., “Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?”, en Mugerza, J. *et al.*, *E1 fundamento...* cit., p. 321. Por su parte, RODRÍGUEZ-TOUBES entenderá que el problema es en parte terminológico y en parte sustantivo (“La polémica sobre la expresión ‘derechos morales’” en M.

Miguel, todo aquel que considere que los derechos humanos tienen una justificación moral sólo forzosamente podrá negar que tales son derechos humanos. Entiende Ruiz Miguel que la *cuestión de fondo* (y no meramente *semántica*) de, en este caso, rechazar los “derechos morales” y afirmar que no hay más derechos que los jurídicos, “puede dignificar en exceso a las normas jurídicas a costa de sugerir subrepticamente, tal vez de forma inconsciente, que los derechos humanos son meros valores o demandas éticas, pero sin el rango y la exigencia de los derechos efectivos”¹⁹. Modestamente, se puede interpretar que esta crítica vuelve a caer en la terminología puesto que no se alcanza a ver cuál es la diferencia (de fondo) entre un valor o una demanda ética —como se verá más adelante, a juicio de Eusebio Fernández los derechos morales son exigencias éticas— y un derecho moral no garantizado (jurídicamente). Ya los constituyentes franceses de 1789 se dieron cuenta de que la gran diferencia entre los derechos naturales y los derechos positivados (constitucionalizados) era su garantía o, si se prefiere, su “exigencia efectiva” y así quedó reflejado en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano que reza: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”²⁰. Claro está que la simple juridificación no dota de *fundamentalidad* a un derecho, sino que se necesita su garantía, pero la simple garantía jurídica tampoco hace fundamental un derecho jurídico sino que es necesario cierta moralidad previa del mismo. En este trabajo, por tanto, se entiende que todo “derecho humano jurídico” debe ser previamente un “derecho humano moral” o, si se prefiere, detrás de un “derecho humano jurídico” (esto es, un derecho fundamental) siempre tiene que haber una pretensión moral justificada con vocación de ser protegida jurídicamente.

Es menester ahora, para seguir la argumentación, revisar algunas posiciones favorables a los derechos humanos como derechos morales y sus críticas principales.

1.3. Algunas concepciones de los derechos humanos como derechos morales

En este apartado interesan no todas las posturas sobre los derechos humanos como derechos morales, sino sólo aquellas que los entienden como pretensiones morales justificadas con vocación de juridificación²¹.

Otero, C. Rovira y M. Segura (eds.), *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1991. Tomo II, p. 350). No obstante, se ha de reiterar que el problema de fondo se supera no entre todas las posturas sobre los derechos humanos, sino sobre aquellas que admiten una fundamentación moral de los mismos y parten del principio de distinción entre Derecho y moral.

¹⁹ RUIZ MIGUEL, A., “Los derechos humanos como derechos morales...”, cit., pp. 321 y 325.

²⁰ El texto traducido ha sido tomado de PECES-BARBA, G. et al., *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 115.

²¹ La concepción de los derechos humanos como derechos morales o su identificación es una de las múltiples posibilidades terminológicas sobre los derechos, como derechos naturales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos o derechos fundamentales. Sobre dichas terminologías y concepciones puede verse PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 21-38 y ANSUÁTEGUI, F.J., “Derechos: cuestiones de terminología

Eusebio Fernández, uno de los introductores del término “derechos morales” en España escribe que “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 del Derecho”²² y precisa que el calificativo “morales” va dirigido a su fundamentación ética, a las exigencias históricas derivadas de la idea de dignidad humana (desarrollada a través de la autonomía, la seguridad, la libertad y la igualdad) y el sustantivo “derechos” alberga la pretensión de incorporarse al ordenamiento jurídico (de ser derechos jurídicos)²³. De esta manera, el Derecho no crea los derechos humanos, sino que su labor está en reconocerlos y garantizarlos jurídicamente²⁴.

Francisco Laporta hace una exposición paradigmática sobre los derechos humanos como derechos morales y explica esta identificación sobre cuatro tesis:

1.º.- La categoría normativa “derecho” no pertenece en exclusiva al sistema jurídico (al igual que “deber”, “obligación”, “permisión”, “facultad”...) y no se deben confundir los derechos con las técnicas de protección de los mismos. En este sentido, escribe “que no es que tengamos ‘derecho a X’ porque se nos atribuya una acción o se nos reconozca una pretensión con respecto a X, sino que se nos atribuye tal acción y se nos reconoce tal pretensión porque tenemos o podríamos tener derecho a X”²⁵.

2.º.- Para que se puede predicar de los derechos humanos su universalismo (todos los humanos son titulares de estos derechos por el mero hecho de ser hombres) es necesario sacar a los mismos del ámbito del Derecho positivo. Al respecto entiende que “hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando”²⁶ y, continúa, “parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como “derechos morales” y no como “derechos legales”²⁷. Ahora bien, su idea de derecho moral queda desvinculada de las instituciones éticas concretas que funcionan en una moralidad positiva o que son propuestas en una moralidad crítica y ello porque la noción de “universalidad” implica por sí misma hacer caso omiso de

jurídica”, *Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, nº 30, enero-marzo 1999, pp. 1-32

²² FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia...*, cit., p. 107. También en “El problema del fundamento de los derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense. Madrid, 1981, p. 98.

²³ FERNÁNDEZ, E., “Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos”, en Muguerza *et al. El fundamento...* cit., p. 156

²⁴ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia...* cit., p. 106.

²⁵ LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, n.º 4, 1987, p. 28.

²⁶ *Íd.*, pp. 32 y 33.

²⁷ *Íd.*, p.33.

instituciones y roles para poder adscribir los derechos morales a *todos* al margen de su circunstancia *vivencia*²⁸.

3.º.- Detrás del carácter de *absolutos* de los derechos humanos se encuentra la idea de exigencia moral fuerte de los mismos y esta fuerza proviene “de que son la expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos”²⁹ como los intereses o necesidades básicas. Estas exigencias se configuran como exigencias últimas —absolutas—, en cuanto que si entran en conflicto con otras (sean otras de tipo moral o de tipo jurídico) las demandas morales se superponen sobre ellas (con la excepción de los propios derechos humanos en caso de conflicto).

4.º.- La *inalienabilidad* supone la obligación del propio titular de respetar sus propios derechos, de no poder renunciar a ellos. Los derechos humanos, en tanto inalienables, se adscriben al individuo al margen de su consentimiento³⁰.

Los derechos humanos quedan configurados, por Laporta, como exigencias morales de titularidad universal que expresan necesidades básicas de las que no se pueden renunciar y que se imponen sobre cualquier otra demanda jurídica o moral, de tal forma que “esas exigencias o pautas morales, esos derechos morales, son tales que su desconocimiento justifica acciones como la desobediencia a las leyes y la resistencia a la opresión jurídico-positiva”³¹.

Sin embargo, cualquier tipo de exigencia ética no es un “derecho moral”; debe tratarse de una “exigencia” que, además, constituya un “derecho”, esto es, que cuente con un deber correlativo que imponga a otro sujeto satisfacer la exigencia.

Por su parte, Ruiz Miguel afirma que aceptar un concepto moral de derechos humanos es “lo que solemos hacer todos cuando criticamos a determinados países por violarlos, es decir, por la violación de derechos no jurídicos por parte de ciertos sistemas jurídicos, o cuando consideramos que la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas es una referencia universal moralmente válida y obligatoria a pesar de que jurídicamente sea una mera recomendación y no una norma u obligación de Derecho Internacional”³².

Este autor, dentro de la tónica general, considerará a los derechos humanos como “a) exigencias éticas justificadas; b) especialmente importantes, y c) que deben ser protegidas eficazmente, en particular, a través del aparato

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Id.*, p. 37.

³⁰ *Id.*, p.44.

³¹ LAPORTA, F., “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, en *Doxa*, nº 4, 1987, p. 74.

³² RUIZ MIGUEL, A., “Los derechos humanos como derechos morales”, en *Anuario de Derechos humanos*, n.º 6. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense. Madrid, 1990, pp. 149-160. Parece tener razón M.ª del Carmen BARRANCO al afirmar que el argumento de la Declaración Universal deja de ser válido si tenemos en cuenta las teorías que consideran a la misma como norma de Derecho internacional (*El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*,. Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 1, Dykinson, Madrid, 1996, p. 66, nota 164). No obstante, tal vez la Declaración no fuera una norma consuetudinaria internacional en bloque, pero sí cada derecho contenido en ella.

jurídico. Estos tres rasgos indican que los derechos humanos son tales por su carácter moral, siendo accidental el reconocimiento jurídico para su concepto³³.

Rodríguez-Toubes escribe, “no ocultaré mi preferencia por una noción de derechos humanos que los presenta como *derechos morales*. Esto significa afirmar que se trata de entidades que existen como derechos ya antes de su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos positivos; son derechos en virtud de que las normas morales les otorgan esa calidad. Los derechos humanos serían así una clase especialmente importante y protegida de los derechos morales, con ciertos rasgos peculiares como la universalidad, la relevancia vital o la vocación de reconocimiento jurídico³⁴. Y también sostiene que el término “derechos morales” es idóneo para referirse a ciertas exigencias moralmente vinculantes que no han alcanzado el estatuto jurídico de derechos subjetivos, pero que son derechos en tanto que pretensiones cuya satisfacción viene impuesta por un código normativo³⁵. Para este autor los derechos morales no han alcanzado el estatuto *jurídico* de derechos subjetivos, empero son derechos subjetivos (morales)³⁶.

Para finalizar, la gran crítica (Nino, Ruiz Miguel, Eusebio Fernández) que se hace al positivismo que considera que no existen derechos humanos hasta que no los reconoce (crea) el Derecho positivo se condensa en las preguntas ¿qué ocurre en los sitios donde no “existen” los derechos porque no están positivados?, ¿qué sucede en aquellos lugares donde se crean normas que vulneran las libertades como, por ejemplo, en una dictadura?, en estas situaciones, ¿no se podría hablar de derechos humanos? ¿Sólo cabe respetar los derechos humanos dentro de aquellos ordenamientos que los reconocen y, paradójicamente, no en los que ni siquiera los reconocen?³⁷. En esta línea se está totalmente de acuerdo con Eusebio Fernández cuando afirma “si no aceptamos esa existencia moral previa, no es posible ni criticar a cualquier ordenamiento jurídico, porque no los reconoce ni garantiza, ni defender la necesidad de su incorporación al Derecho positivo³⁸, pero lo que se reconoce es la fuerza moral de tales pretensiones éticas no su juridicidad. Que no se considere como derecho (jurídico) a una pretensión ética justificada no hace inmune a la crítica moral a un sistema jurídico. Más bien,

³³ RUIZ MIGUEL, A., “Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?”..., cit. 322. De la misma opinión es también NINO, para el que los derechos individuales —primordialmente derechos morales— se tienen independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país (*Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 196 y 197).

³⁴ RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, cit., p. 33.

³⁵ *Íd.*, p. 73.

³⁶ Esto se deduce de su afirmación de que los derechos humanos “son derechos subjetivos” en *La razón de los derechos*, cit., p. 31. Si los derechos humanos son derechos subjetivos y aquéllos son una clase de los derechos morales se debe concluir que estos son, igualmente, derechos subjetivos.

³⁷ Como escribe contundentemente NINO, “se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y *precisamente porque no los reconocen*” (*Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 15).

³⁸ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., p. 110.

un positivista separa Derecho y moral precisamente para poder seguir criticando a los sistemas jurídicos³⁹.

1.4. Críticas a estas concepciones

Las críticas hacia el concepto de derechos morales provienen de diferentes frentes y por diferentes causas, aunque aquí no se tratará de las críticas desde el relativismo ético o el escepticismo moral. Uno de los frentes más beligerantes es el de Peces-Barba cuyos pilares críticos son:

1.^a- Es difícil distinguirlo del concepto de derechos naturales⁴⁰. La teoría de los derechos morales es un “reduccionismo iusnaturalista impropio”.⁴¹

Es claro que las dos expresiones tienen mucho que ver, tal y como apunta Rodríguez-Toubes, ambas reaccionan contra el positivismo y “reconocen cierta cognoscibilidad a los valores morales”⁴², pero asimismo son diferenciables, en opinión del mismo autor, por su pretensión de juridicidad. Los derechos naturales serían para los iusnaturalistas clásicos “Derecho”, hablar de derechos morales no significa afirmar automáticamente su juridicidad.

Pérez Luño, criticando la expresión “derechos morales” por no considerarla como alternativa a la de “derechos humanos” (o naturales), afirma que si con la primera expresión (*derechos morales*) “se quiere significar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace, en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo”⁴³ y que “cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar y básico respecto a éste, se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista”⁴⁴. Claro, estas palabras dependen del tipo de iusnaturalismo al que uno se refiera. Si se parte de un iusnaturalismo renovado (y nunca ontológico) no se ven diferencias entre una concepción de los derechos humanos como derechos naturales (en el sentido de Pérez Luño) y otra de los derechos humanos como derechos morales (en el sentido de Eusebio Fernández). Así, Pérez Luño reconoce que entre su postura y la de Eusebio Fernández “existe un acuerdo básico”⁴⁵ y para Eusebio Fernández la diferencia con Pérez Luño es “puramente terminológica”⁴⁶.

A juicio de Jerónimo Betegón, la distinción entre derechos morales y derechos naturales es posible si frente a los derechos naturales derivados de la naturaleza humana mostrados de forma autoevidente “se tiene en

³⁹ Vid., en este sentido, HART, Herbert L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro R. Carrió, Desalma, Buenos Aires, 1962, p. 9 y ss.

⁴⁰ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 34.

⁴¹ *Íd.*, p. 48.

⁴² RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos...*, cit., p. 74.

⁴³ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 179.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia...*, cit., p. 113.

cuenta que los derechos morales se derivan de un sistema de normas que es producto de decisiones humanas⁴⁷.

2.^a- Es una terminología reciente, ajena a la cultura jurídica occidental, de origen académico, procedente de la anglosajona⁴⁸.

Que sea una terminología poco asentada es reconocido por Rodríguez-Toubes pero entiende que en el lenguaje corriente se usan expresiones tales como “no hay derecho”, o “tengo todo el derecho del mundo” y que frecuentemente son ajenas al Derecho en sentido técnico⁴⁹ y “se comprenden mejor con una categoría como derechos morales, que aun siendo extrajurídica, recoge la idea de pretensión legítima que caracteriza ese modo de hablar”⁵⁰.

3.^a- “Derechos morales” predispone a una aproximación racional, abstracta y ahistórica de los Derechos que prescinde de sus necesarias conexiones con la evolución de la realidad social⁵¹.

En opinión de Rodríguez-Toubes esto es cierto, pero sólo se trata de una predisposición, pero una tendencia que no tiene por qué llevar a un desconocimiento total de los aspectos históricos⁵².

4.^a- Su consideración de derechos previos, además de su connotación iusnaturalista, los reduce a los derechos de autonomía (propios de una inspiración liberal)⁵³.

Parecería, para Rodríguez-Toubes, que si se conciben los derechos humanos con independencia de la existencia de un poder político no podrían incluirse entre ellos aquellos que requieren lógicamente la presencia de tal poder (como sucedería con el derecho a participar en ese poder o el derecho a recibir de él ciertas prestaciones), pero aduce que esta objeción se basa en una percepción estática de los derechos morales, como si pudiesen ser

⁴⁷ BETEGÓN, J., “Derecho subjetivo”, cit., p.172.

⁴⁸ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 34.

⁴⁹ En esta línea, se está de acuerdo con NINO al afirmar que “no parece *prima facie* que estas variaciones del léxico puedan tener consecuencias tan profundas como que dos culturas que han permanentemente interactuado tengan una diferencia conceptual tan radical como la que se sugiere: los hablantes del inglés poseerían una categoría que usan ampliamente en su discurso práctico, que nosotros no podríamos reconocer por el accidente de contar con la misma palabra *derecho* que se usa tanto para denotar un cierto sistema de normas como para hacer referencia a una cierta relación que las normas pueden establecer entre las personas” y continúa escribiendo, “resulta obvio que todo el mundo usa la expresión *derecho* en contextos no jurídicos (“tengo derecho [claramente no jurídico] a que se me escuche”, “ahora yo tengo derecho a mover la pieza”), y muchas veces se usa la expresión precisamente para criticar al orden jurídico porque no reconoce el derecho en cuestión (como he sostenido en otro lugar, ésta es una de las apelaciones más relevantes a los derechos humanos). Finalmente, aun cuando todas las razones anteriores no se aplicasen, si la categoría conceptual que los hablantes del inglés designan con la expresión *moral rights* fuera genuina e importante en el discurso práctico, debería simplemente **estipularse** una expresión en castellano para aludir a ella, sea *derechos morales* o cualquier otra (por ejemplo, *títulos, exigencias, demandas, facultades, permisos morales*), sin hacer de esta cuestión verbal todo un problema filosófico” (“Sobre los derechos morales”, cit., pp. 312 y 313).

⁵⁰ RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, cit., p. 75.

⁵¹ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 35.

⁵² RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, cit., p. 76.

⁵³ Vid., PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 35.

determinados rígidamente y de una vez por todas de forma previa. Sin embargo, son una realidad dinámica, y por ello debe reconocerse la influencia de la evolución social en su configuración⁵⁴.

5.^a- El uso del término “derechos morales” supone partir del prejuicio no justificado de considerar dicha expresión la única forma de evitar el positivismo ideológico y llegar a la ruptura del principio de distinción entre Derecho y moral⁵⁵.

Para Rodríguez-Toubes, dicha diferenciación no está, a priori, comprometida pues los derechos morales pertenecen a la moral y, después, eventualmente se pueden incorporar al sistema jurídico (si bien hay autores que sí hacen desaparecer dicha distinción entre ambos sistemas normativos)⁵⁶.

Para finalizar, otra crítica frecuente que se ha esgrimido contra la consideración de los derechos humanos como derechos morales sería el incurrir en la falacia naturalista al derivar de necesidades, bienes o intereses (del ser) consecuencias jurídicas o morales (el deber ser)⁵⁷. Empero, indica García Añón, en las necesidades, bienes o intereses de los que hablan las teorías de los derechos morales no sólo encierran aspectos descriptivos, sino valorativos: son necesidades que se tienen en cuenta en la medida en que recogen valores del ser humano que deben ser protegidos para que éste pueda desarrollarse como tal⁵⁸.

2. APROXIMACIÓN DE LAS CONCEPCIONES EN FAVOR DE UNA RAÍZ MORAL DE LOS DERECHOS

Expuestas las razones a favor y en contra de la posibilidad de derechos no jurídicos y las concepciones y sus críticas sobre la concepción de los derechos humanos como derechos morales y, tras concluir que esta disputa es meramente terminológica, es propósito de este segundo epígrafe afianzar dicha conclusión tomando para ello el ejemplo de algunos autores españoles que, desde posturas iusfilosóficas diversas, reafirmarán que —finalmente— toda la disputa tratada hasta ahora no es más que de carácter formal y que, en definitiva, están básicamente de acuerdo en lo que sostienen al respecto de los derechos humanos fundamentales.

2.1. Iusnaturalismo deontológico o renovado y positivismo corregido

En varias ocasiones se ha repetido a lo largo del trabajo que se persigue argumentar en favor de la existencia de una aproximación más cercana que lo

⁵⁴ RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, cit., p., 77.

⁵⁵ Vid., PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 35.

⁵⁶ Vid., RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, cit., p., 78.

⁵⁷ Sobre la falacia naturalista —derivar de propiedades empíricas una propiedad no empírica o pasar de enunciados descriptivos a enunciados prescriptivos de obligación— vid., HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento humano en los asuntos morales* [1739-1740], trad. de Vicente Viqueira, Calpe, Madrid, 1923 y MOORE, George Edward, *Principia Ethica* [1903], 2ª ed. revisada por T. Baldwin, UNAM, México, 1997.

⁵⁸ GARCÍA AÑÓN, J., “Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez”, en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos.*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 63.

que parecería en un primer momento entre partidarios y detractores de los derechos morales. Asimismo, se ha insistido en que no se hace referencia a toda defensa de los derechos morales ni a todos sus críticos, sino que se limita, principalmente, a tres casos: el de Eusebio Fernández García como representante de los derechos morales, el de Antonio-Enrique Pérez Luño como partidario de los derechos naturales y a Gregorio Peces-Barba Martínez como iniciador del dualismo de los derechos fundamentales. Dichos autores se sitúan entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Partiendo de estas posturas antagónicas y tradicionalmente situadas en la forma de entender el (concepto de) Derecho y, por tanto, en la Teoría del Derecho son decisivas también en la Teoría de la Justicia (y quizá las posturas iusnaturalistas que se verán más decisivas en este punto) y de los derechos humanos. Para demostrar que los diferentes planteamientos respecto a los derechos humanos a estudiar están más cerca que lejos se debe partir de la visión general sobre el Derecho o de las relaciones entre moral y Derecho y que, pese a los nombres (iusnaturalismo y positivismo), lo que aproxima son los calificativos (renovado, corregido, moderado...)⁵⁹.

En opinión de Rafael de Asís, lo que diferencia a los distintos tipos de iusnaturalismo no consiste en estar a favor o en contra de la tesis de que la validez de las normas jurídicas depende de su conformidad con normas morales, sino en el origen y justificación de esas normas morales⁶⁰. No se terminan de comprender estas palabras, pues una de las clásicas dicotomías entre iusnaturalismo ontológico y deontológico estriba en la renuncia a reducir la validez jurídica a la justicia por parte del segundo, a no ser —como dice Eusebio Fernández— que no se considere al iusnaturalismo deontológico un tipo de iusnaturalismo⁶¹.

Ahora bien, en qué consiste el iusnaturalismo renovado. Según Eusebio Fernández, el iusnaturalismo renovado debe entenderse como valoración moral del Derecho positivo⁶², como criterio sobre la corrección moral o no del mismo. El que no condicione la validez del Derecho aleja este tipo de iusnaturalismo del iusnaturalismo clásico u ontológico y lo acerca a la concepción de Pérez Luño, que asume un iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado que no niega la juridicidad del Derecho positivo injusto pero que establece los criterios para comprobar su disvalor y fundamentar su crítica y sustitución por un orden jurídico justo⁶³.

⁵⁹ Que los calificativos existen es un hecho, son ya tradicionales en las teorías del Derecho natural, pero también han abundado en los últimos años entre las teorías iuspositivistas. Otra cosa distinta es que un positivismo jurídico con calificativos pueda dejar de ser positivismo jurídico. Sobre este tema vid., ESCUDERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.

⁶⁰ Vid., ASÍS, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualist.*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 17, Dykinson. Madrid, 2001, p. 16.

⁶¹ El propio Rafael de ASÍS reconoce esta discrepancia de Eusebio FERNÁNDEZ, pero cree que el considerar esta postura como iusnaturalista es problemático. Vid., ASÍS, R. de, *Sobre el concepto...* cit., nota 26, p. 16.

⁶² FERNÁNDEZ, E., "El iusnaturalismo", en Peces-Barba, G.; Fernández, E.; Asís, R. de (dirs.), *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª.ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 307.

⁶³ Vid., PÉREZ LUÑO, A.-E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 73.

Por otro lado, el propio Peces-Barba entiende su postura como normativismo corregido⁶⁴, lo que permite tener una actitud abierta a las relaciones entre Derecho y moral que conduce respecto a los derechos a una teoría dualista (hoy por hoy *trialista*, en las relaciones entre moral, poder — política— y Derecho⁶⁵).

En este sentido, y de acuerdo con Rafael de Asís⁶⁶, es difícil marcar diferencias significativas entre las versiones renovadas tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo y ello permite que a la hora de concebir a los derechos y, sobre todo, en su fundamento no haya diferencias irreductibles.

2.2. Proximidad de posturas

En este epígrafe se desarrollará, por tanto, la cercanía de algunas posturas que se encuentran entre ese iusnaturalismo y ese iuspositivismo moderados⁶⁷.

A juicio de Pérez Luño, los derechos humanos aparecen o representan “el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En la noción de los derechos humanos se conjugan su raíz *ética* con su vocación *jurídica*”⁶⁸. Y precisa, “la definición propuesta pretende conjugar las dos grandes dimensiones que integran la noción general de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivación y protección que dan la medida de su ejercicio”⁶⁹.

La concepción de los derechos humanos de Eusebio Fernández, como él mismo indica, “está muy próxima a las expuestas por Gregorio Peces-Barba y Antonio-Enrique Pérez Luño”⁷⁰. Así, la raíz ética y la vocación jurídica de los derechos de los que habla Pérez Luño coincidirían plenamente con la forma de usar el término “derechos morales” por parte de Eusebio Fernández, el cual

⁶⁴ Escribe PECES-BARBA, “me sitúo, por consiguiente, en una posición normativista corregida, que califico de normativismo realista. Desde ella se pueden integrar perspectivas muchas veces juzgadas como contradictorias, como la defensa simultánea de la creación legislativa y de la creación judicial del Derecho, o como la consideración conjunta de los ciudadanos, de los jueces y de los demás operadores jurídicos como destinatarios de las normas, según el tipo de éstas. También se pueden comprender mejor las relaciones del Derecho, con otras formas de normatividad social como las reglas del trato social y la moral. El formalismo y el sociologismo tienden puentes de comprensión, desde mi punto de vista, y no aparecen como incomunicados” (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 13).

⁶⁵ Vid. a este respecto PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, cit. pp. 208 y 209.

⁶⁶ ASÍS, R. de, “El positivismo jurídico” Peces-Barba, G.; Fernández, E.; Asís, R. de (dirs), *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 317.

⁶⁷ PÉREZ LUÑO ha ido más allá y no ve tanta distancia entre las posiciones de Antonio FERNÁNDEZ GALIANO y PECES-BARBA, en *Los derechos fundamentales*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 50 y 51.

⁶⁸ PÉREZ LUÑO, A.E., *Teoría del Derecho...*, cit., p. 222. La misma definición se encuentra, entre otros, en su libro *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 48 y en *Los derechos fundamentales*, cit., p. 46.

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 51.

⁷⁰ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia...*, cit., p. 110.

precisa que el calificativo “morales” va dirigido a su fundamentación ética, a las exigencias históricas derivadas de la idea de dignidad humana (desarrollada a través de la autonomía, la seguridad, la libertad y la igualdad) y el sustantivo “derechos” alberga la pretensión de incorporarse al ordenamiento jurídico (de ser derechos jurídicos)⁷¹. Y tampoco parece que difiera mucho de los derechos humanos como pretensiones morales potencialmente positivadas de Peces-Barba y de su dualismo⁷².

Eusebio Fernández escribe, “creo que, como él mismo reconoce —se refiere a Pérez Luño—, hay “numerosos puntos de coincidencia” y existe un “acuerdo básico” entre su postura y la mía. Que yo hable de fundamentación ética y de derechos morales es un problema puramente terminológico, para evitar esos fantasmas de las posturas iusnaturalistas basados en la equivocidad y ambigüedad de la expresión “derechos naturales”. Por supuesto que las coincidencias lo son con el modelo de iusnaturalismo deontológico que el profesor Pérez Luño representa y nunca lo serán con el iusnaturalismo ontológico. Digo 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. 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”⁷³.

En opinión de Peces-Barba, “si llegamos a la conclusión de que una pretensión justificada moralmente y con una apariencia de derecho fundamental en potencia, de esas que algunos autores llaman “derechos morales”, no se puede positivizar, en ningún caso, por razones de validez o de eficacia, por no ser susceptible de convertirse en norma o por no poder aplicarse, por su imposible contenido igualitario, en situaciones de escasez, no podríamos considerar esa fundamentación relevante, como la de un derecho humano”⁷⁴. Aquí parece dar a entender que previo a un derecho fundamental (pretensión moral justificada y positivada —moral legalizada—) puede existir un derecho humano (pretensión moral justificada potencialmente positivada —moral crítica—). En este sentido, ese derecho humano ¿no sería un derecho moral? Se podría contestar afirmativamente, pero con una salvedad: Peces-Barba critica que la teoría de los derechos morales, aunque tenga como meta la juridificación, no diferencie entre aquellos derechos (morales) que pueden ser juridificados y aquellos que no. Así, “se puede seguir hablando de derechos humanos, como hemos visto, por ser una expresión generalizada, en aquellas pretensiones morales no juridificadas pero juridificables. Hacerlo también

⁷¹ FERNÁNDEZ, E., “Acotaciones de un supuesto iusnaturalista...”, cit., p. 156

⁷² RODRÍGUEZ-TOUBES califica a la posición de Eusebio FERNÁNDEZ como “próxima al dualismo” (*La razón de los derechos*, cit., p. 245).

⁷³ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia...*, cit., p. 113.

⁷⁴ Íd., p. 104. Esta idea ya había sido expresada antes por el mismo autor, casi de forma literal, en “Sobre el fundamento de los derechos humanos”, en Muguerza, J. *et al.*, *E1 fundamento...*, cit., p. 267

respecto de las no juridificables sería hacer de la necesidad virtud, y embrollar innecesariamente la terminología sin aportación adicional alguna, respecto a la propuesta que aquí formulamos”⁷⁵.

En cuanto a la raíz de esta fundamentación moral de los derechos, de los que podría predicarse *juridificabilidad*, Eusebio Fernández circunscribe los derechos morales a los “que tienen que ver más estrechamente con la idea de dignidad humana”⁷⁶ y, por su parte, Peces-Barba reduce sus pretensiones morales justificadas a las enraizadas en las ideas de libertad e igualdad⁷⁷ pero considera a la dignidad humana “fundamento de la ética pública de la modernidad, como un prius de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores”⁷⁸. Se puede concluir que el origen de las pretensiones morales justificadas entre Eusebio Fernández y Gregorio Peces-Barba es el mismo, a lo que hay que añadir la opinión de Pérez Luño —contenida en su concepto de derechos humanos anteriormente visto— de que los mismos concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas. Perfiladas estas posturas, parece haber una evidente coincidencia entre ella⁷⁹.

3. CONCLUSIONES

Al terminar este trabajo no se ve ningún obstáculo para poder hablar de derechos morales, salvo que se entienda que no existe derecho subjetivo sin protección jurídica pero esto no es un dogma, sino una opinión. Ahora bien, dicha opinión es por mí compartida: sin protección jurídica no hay derecho subjetivo.

Hablar de derechos humanos es, para la mayoría de los autores objeto de este trabajo, hablar de pretensiones morales justificadas o exigencias éticas con vocación de juridicidad. En cuanto que exigencias o pretensiones y justificadas, fuertes, con vocación de positivación se habla de ellas de dos maneras, o como auténticos derechos morales o como moralidad crítica que empuja al Derecho con la intención de convertirse en “derechos jurídicos”. Sin embargo, en ambos casos se habla de esta moralidad crítica como de derechos humanos, por ser —como se ha dicho— verdaderos derechos morales (una clase calificada de estos) o, pese a no ser “verdaderos” derechos (jurídicos), por la fuerza de la expresión y la necesidad de ser juridificados.

⁷⁵ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, cit., nota 12, p. 108.

⁷⁶ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia...*, cit., p. 108.

⁷⁷ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 109.

⁷⁸ PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 26, Dykinson, Madrid, 2002, p. 12.

⁷⁹ Si bien PECES-BARBA objeta a PÉREZ LUÑO que “la dignidad del hombre no es un valor que fundamente sólo una perspectiva de los derechos humanos junto a la libertad y a la igualdad, sino que es la raíz de todo el edificio” (“Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, p. 242). Por su parte, Eusebio FERNÁNDEZ reconoce expresamente estar de acuerdo con PÉREZ LUÑO al considerar éste que la idea de dignidad humana y las exigencias ligadas a la libertad e igualdad se derivan los derechos humanos (FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia...*, cit., p. 111).

Concebir los derechos humanos como auténticos derechos subjetivos pero sin protección jurídica —aunque aspiran a ella— o como pretensiones morales justificadas que presionan para convertirse en Derecho sólo es una cuestión verbal, y no de fondo, sin consecuencias prácticas, porque las dos posturas están de acuerdo en que los derechos humanos tienen su origen en la moral y que tienen que ser protegidos por su especial relevancia ética (no hay que olvidar que un derecho moral no positivado sigue sin tener protección efectiva).

Desde estas premisas, concepciones partidarias del concepto “derechos morales” y contrarias a tal terminología, posicionadas en el iuspositivismo (corregido) o en el iusnaturalismo (renovado o deontológico) están más cerca de lo que parecen, conjugando la necesidad del elemento moral (como fundamento) y del elemento jurídico (como protección), pues ni siquiera para el concepto de los derechos fundamentales basta con la sola positivación de unos intereses, voluntades o pretensiones no-morales.

BIBLIOGRAFÍA

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Derechos: cuestiones de terminología jurídica”, *Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, nº 30, enero-marzo 1999, pp. 1-32

ASÍS ROIG, Rafael de, “El positivismo jurídico”, en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R. de, *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp., 310-317.

_____, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 17, Dykinson, Madrid, 2001.

BARRANCO AVILÉS, M.ª del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 1, Dykinson, Madrid, 1996.

BETEGÓN, Jerónimo, “Derecho subjetivo”, en Betegón, J.; Gascón, M.; Páramo, J.R. de; Prieto, L., *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 169-179.

ESCUADERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 73-112.

_____, *Teoría de la Justicia y Derechos humanos*, (2.ª reimp., 1991), Debate, Madrid, 1984.

_____, “Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos”, en MUGUERZA, J. *et al.*, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. preparada por Gregorio PECES-BARBA, Debate, Madrid, 1989, pp. 155-162.

_____, “El iusnaturalismo”, en Peces-Barba, G.; Fernández, E.; Asís, R. de (dirs.), *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 296-310.

GARCÍA AÑÓN, José, “Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez”, en BALLESTEROS, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 61-85.

HART, Herbert L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro R. Carrió, Desalma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64.

HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento humano en los asuntos morales* [1739-1740], trad. de Vicente Viqueira, Calpe, Madrid, 1923

LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 23-46

_____, “Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero”, en *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 71-77.

LLAMAS CASCÓN, Ángel, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

MOORE, George Edward, *Principia Ethica* [1903], 2ª ed. revisada por T. Baldwin, UNAM, México, 1997.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.

_____, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.

_____, “Sobre los derechos morales”, en *Doxa*, n.º 7, 1990, pp. 311-325.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de, “El concepto de derecho: Una introducción bibliográfica”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987, pp. 199-218.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 169-253.

_____, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (3ª reimp., 1991 de la 1ª ed.), Debate, Madrid, 1983.

_____, “La universalidad de los derechos humanos”, en *Doxa*, n.º 15-16, 1994, pp. 613-633.

_____, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 26, Dykinson, Madrid, 2002.

PECES-BARBA, G. et al., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995.

PECES-BARBA, G. et al., *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995.

_____, *Los derechos fundamentales*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, A.E. et al., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990 (1.^a reimp. 1994).

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, "La polémica sobre la expresión 'derechos morales'", en M. OTERO, C. ROVIRA y M. SEGURA (eds.), *Problemas de la Ciencia Jurídica. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1991, tomo II, pp. 339-354.

_____, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.

ROJO SANZ, J. M., "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano", en *Anuario de Derechos humanos*, n.º 5, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1988-89, pp. 231-249.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", en MUGUERZA, J. et al., *El fundamento de los derechos humanos*, ed. preparada por Gregorio PECES-BARBA, Debate, Madrid, 1989, pp. 321-326.

_____, "Los derechos humanos como derechos morales", en *Anuario de Derechos humanos*, n.º 6, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 149-160.

SAUCA, José María, "El derecho subjetivo", en Peces-Barba, G., Fernández, E., Asís, R. de, *Curso de Teoría del Derecho*, 2^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 275-286.

SPECTOR, Horacio, "La filosofía de los derechos humanos" en *Isonomía*, n.º 15, octubre 2001, pp. 7-53.

VERNENGO, Roberto José, "Los derechos humanos y sus fundamentos éticos", en MUGUERZA, J. et al., *El fundamento de los derechos humanos*, ed. preparada por Gregorio PECES-BARBA, Debate, Madrid, 1989, pp. 327-343.

_____, "Los derechos humanos como razones morales justificatorias", en *Doxa*, n.º 7, 1990, pp. 275-299.