

cas en materia de derechos humanos se encuentra históricamente contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como garantías individuales y garantías sociales". La mencionada Comisión no entraña al famoso "ombudsman" es-candinavo. Así lo sostiene el doctor *Jorge Carpizo*, quien fue designado presidente de la misma, aunque ambas instituciones presenten similitudes.³⁵⁴

La citada Comisión³⁵⁵ fue elevada a rango *constitucional* mediante una adición que se practicó al artículo 102 de la Ley Suprema como apartado "B" del mismo la cual se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación correspondiente el 28 de enero de 1992. Tal adición dispone:

"B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

"Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

"El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados."

Del texto transcrito se advierte claramente que la creación de la referida Comisión y de los organismos similares debe establecerse en la Ley Federal que reglamentará la disposición constitucional invocada. Esta ley se expidió con fecha 23 de junio de 1992 y la reproducimos en el Apéndice VI de la presente obra

B. *Su dimensión axiológica y deontológica*

Diariamente y con insistencia oímos hablar de los "derechos humanos" en todos los medios de información. En círculos políticos y en conversaciones cotidianas se hace mención de ellos y se imputa su violación a múltiples autoridades de diversa categoría, materia y competencia. Existen en México, como es notoriamente sabido, una Comisión Nacional y varias comisiones estatales encargadas de su preservación. Las leyes que organizan a estos cuerpos, y que heterodoxamente se denominan con impropiedad "ombudsman", en casi todo su articulado aluden a derechos tales:

Sin embargo, pese a su profusa referencia, no se tiene un concepto claro, jurídico-filosófico, axiológico y deontológico, de lo que implican. Esta omisión nos ha impedido a formular los comentarios que a continuación exponemos.

¿Qué son, en esencia, los derechos humanos? ¿Todos los derechos subjetivos de la persona son derechos humanos? ¿Esos son limitados y corresponden a cualquier individuo? ¿Es lo mismo el individuo que la persona

³⁵⁴ Cf. Artículo publicado en "Excepción" de 25 de julio de 1990.

³⁵⁵ La Ley Orgánica de dicha Comisión la insertamos en el Apéndice VI de esta edición.

humana? ¿Todo ser individual es hombre? De la respuesta que se dé a estas y otras varias cuestiones depende la demarcación de los derechos humanos y de su titular.

Prima facie, históricamente los derechos humanos son, con evidencia, los derechos naturales del hombre proclamados por el jusnaturalismo que surgió, con Diderot y D'Alambert, durante el siglo XVIII como corriente filosófica que recogió la famosa y ecuménica Declaración francesa de 1789. Según la doctrina sostenida por el pensamiento jusnaturalista, tales derechos son inherentes a la persona humana, es decir, su naturaleza los ostenta como anteriores y superiores al Estado constituyéndolo éticamente a respetarlos y a establecer, en el orden jurídico positivo, normas que aseguren sustantiva y adjetivamente su observancia, objetivo que en nuestro país se alcanza con las garantías individuales y el juicio de amparo. En atención a los atributos de anterioridad y superioridad mencionados, los derechos humanos no emanan de la ley positiva ni de ningún hecho o acto concreto que se registre en cualquier ámbito de la vida social, puesto que existen por sí mismos con el hombre, siendo, en consecuencia, inalienables e imprescriptibles. Esta inextricable vinculación no permite, por ende, calificar como derechos humanos a los derechos personales que no sean naturales al hombre, o sea, que emanen de la ley positiva, de algún acto contractual, administrativo o judicial, o de cualquier hecho jurídico.

Ni la Constitución ni la legislación secundaria de México han formulado ninguna definición, o al menos catalogación, de los derechos humanos. Tampoco la encontramos en la jurisprudencia. Sin embargo, se encuentran imbricados en las garantías individuales o del gobernado a título de "derechos subjetivos públicos" enfrentables al poder del Estado. Esta involucración, no obstante, no excluye la necesidad de tipificarlos y el único documento que puede servir para este objetivo es la *Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948* y que nuestro país suscribió. En su preámbulo se considera que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Dentro de esta genérica concepción se coloca primordialmente el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona humana en cuanto que nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado y de que todo hombre se debe presumir inocente mientras no se pruebe su culpabilidad. Además, en el rango de derechos humanos tal Declaración sitúa diversas libertades específicas que tutela nuestra Constitución a guisa de garantías individuales y sociales, así como fundamentales derechos políticos del ciudadano, enfatizando que ninguno de sus preceptos "podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en la propia Declaración" (Art. 30).

Por otra parte, siguiendo los planteamientos formulados, debemos advertir, pecando de tautológicos, que los derechos humanos son derechos del hombre, no de cualquier individuo en su sola dimensión sicosomática. El ser

humano, es decir, la persona, no debe confundirse con el mero ente individual. El hombre rebasa con mucho esta simple entidad pues es un sujeto axiológico. Así lo ha considerado el pensamiento filosófico de todos los tiempos. Para Santo Tomás de Aquino, cuyas ideas fundamenta en Aristóteles, la finalidad que toda persona humana debe perseguir estriba en la consecución del bien, que es consubstancial a su naturaleza de ser racional. En otras palabras, se puede afirmar que el objetivo vital del hombre estriba en desenvolverse a sí mismo, en realizar su propia esencia y, por ende, en actuar conforme a la razón; de ahí, la máxima del ilustre aquinatense que prescribe "Obra de acuerdo con los dictados de tu naturaleza racional".

La circunstancia de que todo ser humano tenga o deba tener una teleología axiológica, el hecho de que el sujeto encauce su actividad externa e interna hacia la obtención concreta de un valor o hacia su realización particular, ha provocado la consideración de la personalidad humana en su sentido filosófico, esto es, ha suscitado la concepción del hombre como persona.

En efecto, se ha dicho que el hombre es persona en cuanto que tiende a conseguir un valor, a objetivarlo en actos y sucesos concretos e individuales, por lo que de esta guisa, el concepto de personalidad resulta de la relación entre el hombre como ser real y biológico y su propia teleología axiológica. Esto es, del vínculo finalista que el ser humano, como tal, entable con el reino o esfera valorativa o, como diría el doctor Recaséns Siches, "el criterio para determinar la personalidad es el constituir una instancia individual de valores, el ser la persona misma una concreta estructura de valor", agregando: "El hombre es algo real, participante de las leyes de la realidad; pero al mismo tiempo es distinto de todos los demás seres reales, pues tiene una conexión metafísica con el mundo de los valores, está en comunicación con su idealidad".

Como lo hace notar el mismo autor, "en Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v.gr. la racionalidad, la individualidad, la identidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto al de la realidad, subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo y que cabalmente por eso, posee dignidad, a diferencia de todos los demás de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, que sirven como mero medio a fines ajenos y que, por tanto, tienen precio". (*Filosofía del Derecho*, págs. 203 y 209).

Comentando el pensamiento de Jacques Maritain, Recaséns Siches añade: "Cuando decimos que el hombre es persona, con esto significamos que no es solamente un pedazo de material, un elemento individual en la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante. Cierro que el hombre es un animal y un individuo; pero no como los demás. El hombre es un individuo que se caracteriza por la inteligencia y la voluntad. No existe sólo de un modo. biológico, antes bien, hay en él una existencia más rica y más elevada; superexiste igualmente en conocimiento y en amor". (*Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. Tomo II, pág. 833. Ed. 1963).

Fácilmente se comprende que el hombre como *zoon politikon*, según lo concibe Aristóteles, es un sujeto de imputación de derechos y deberes frente a la sociedad o colectividad a que pertenece. En otras palabras, esta dualidad imputativa, en sí misma indisoluble, le impone la obligación social de ejercer sus derechos y de cumplir sus deberes. Desde el punto de vista ético este cumplimiento valida tal ejercicio. Nadie está legitimado para exigir el respeto de sus derechos si elude sus deberes. Moralmente esta elusión: merma la condición de hombre y llega hasta extinguirla si la conducta del individuo es antisocial. Sería un contrasentido vulnerante de la justicia si a éste se le reconocieran sólo sus derechos y no se le obligase compulsivamente a no dañar a la sociedad o a reparar el daño que a ésta haya causado su conducta. Esta hipótesis se actualiza en el caso de la llamada "delincuencia organizada". ¿Podría sostenerse válidamente, desde el punto de vista ético, que los individuos que la componen y que hacen del delito, su *modus vivendi*, sean verdaderos y auténticos titulares de derechos humanos no obstante la grave damnificación social que haya causado y cause su conducta pretérita o futura? Prescindiendo de meros formalismos normativos que conciernen al ámbito de la *scripta lex*, y sustentando un criterio superior de justicia los tales delincuentes "organizados", inadaptables a la vida social y en permanente peligrosidad contra la colectividad, no merecen ser sujetos de derechos humanos aunque la Constitución y la ley no hagan este distinción. Sin embargo, pese a esta omisión, debe interpretarse la idea de "individuo" que utiliza el artículo 1º de nuestra Ley Fundamental, desde un punto de vista ético y axiológico conforme a las breves consideraciones que anteceden, prescindiendo de la connotación meramente formal y gramatical de dicha palabra. Reconocemos que esta interpretación no está exenta de cuestionamientos y objeciones que puedan basarse en la falta de precisión de lo que deba entenderse por "delincuentes organizados", circunstancia omisiva que podría conducir a injusticias considerativas en el ámbito de la concreción, hipótesis viable que, sin embargo, no desvirtúa las observaciones filosóficas y ético-sociales que hemos formulado en un terreno estrictamente especulativo.

En resumen, la validez filosófica, ética y social de los derechos humanos está condicionada a la conjunción de los siguientes factores: a) Que su titularidad corresponda al hombre en su carácter de "zoon politikon" como centro de imputación de deberes sociales; b) Que la conducta humana no traduzca el incumplimiento permanente y reiterado de estos deberes; c) Que dicha conducta, por su desempeño habitual, no sea contraria a los intereses de la sociedad, contradicción que ostenta la llamada "delincuencia organizada". La insatisfacción de estos requisitos excluye la integración, en el individuo que no los observe, de los derechos humanos aunque su goce se derive, "erga omnes", de la mera normatividad jurídica positiva.

**CURSO DE DERECHOS FUNDAMENTALES
TEORÍA GENERAL**

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Con la colaboración de

RAFAEL DE ASÍS ROIG

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA

ÁNGEL LLAMAS CASCÓN



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 1999

... el lenguaje, que no puede ser objeto de una ciencia que se limite a describirlo, sino que debe ser objeto de una ciencia que lo explique y lo transforme. En este sentido, el lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal. El lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal.

... el lenguaje, que no puede ser objeto de una ciencia que se limite a describirlo, sino que debe ser objeto de una ciencia que lo explique y lo transforme. En este sentido, el lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal. El lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal.

... el lenguaje, que no puede ser objeto de una ciencia que se limite a describirlo, sino que debe ser objeto de una ciencia que lo explique y lo transforme. En este sentido, el lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal. El lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal.

... el lenguaje, que no puede ser objeto de una ciencia que se limite a describirlo, sino que debe ser objeto de una ciencia que lo explique y lo transforme. En este sentido, el lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal. El lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal.

... el lenguaje, que no puede ser objeto de una ciencia que se limite a describirlo, sino que debe ser objeto de una ciencia que lo explique y lo transforme. En este sentido, el lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal. El lenguaje es un fenómeno que debe ser estudiado en su totalidad, en su contexto social y cultural, y no sólo en su aspecto formal.

APROXIMACIÓN LINGÜÍSTICA

CAPÍTULO I

1. LOS DERECHOS HUMANOS

El término «derechos humanos» es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos. No en vano se puede decir que tiene esa idea de derechos humanos, un significado similar al que tuvo en los siglos XVII y XVIII la de Derecho natural. Por su función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, y por la convicción de muchos hombres de que constituyen una garantía para su dignidad, y un cauce, el cauce principal, para su libertad y su igualdad, la comprensión adecuada de los derechos es no sólo una tarea teórica, sino de un gran alcance práctico.

Es también, un término emotivo que suscita sentimientos entre sus destinatarios y respecto del cual la tentación de manipulación es permanente. Como

otras palabras, democracia, libertad, fascismo, comunismo, por indicar algunas de las más importantes, está en el núcleo de la lucha política, y la acción puede contribuir también a alejar las preocupaciones teóricas y la indagación de su sentido, urgida por perentorias exigencias. A veces se puede tener la sensación de que muchos activistas de los derechos humanos no saben muy bien lo que quieren decir al usar esa palabra o la usan entre sí con diferentes sentidos, con acentos incluso contradictorios en contenidos parciales. La irrupción de los medios de masas, prensa, radio y televisión, de la comunicación con transmisión de mensajes de hecho y de opinión, y con un alcance, universal ha potenciado también esta dialéctica de confusión.

Finalmente se puede incluso hablar de una retórica de los derechos humanos, al hacerse desde sectores políticos alejados del ideal moral último que los fundamenta, un uso simplemente semántico de justificación y de legitimación de sistemas no democráticos, lo que evidentemente desorienta.

Con estos antecedentes la función del pensamiento jurídico es depurar esas adherencias imprevistas e intentar la comprensión de los derechos humanos, partiendo de la búsqueda de su concepto y de su fundamentación.

Una aproximación lingüística puede ser pertinente, pero parte de serias dificultades, que exigen precisiones y aclaraciones ante la heterogeneidad terminológica con la que nos encontramos¹.

Si atendemos a la praxis lingüística de la que extraemos definiciones léxicas, que reflejan el uso de un término del lenguaje por los miembros de una sociedad histórica, nos encontramos con que existen distintas palabras que expresan el concepto de derechos humanos, como derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales o derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del ciudadano, etc. Ninguno de estos términos es una expresión pura de una decisión lingüística, sino que todos ellos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un contexto histórico, de unos intereses, de unas ideologías y de unas posiciones científicas o filosóficas de fondo.

Todos tienen su raíz común situada en el mundo moderno. Responden, sin excepciones, a una cultura individualista y antropocéntrica frente a la cultura objetivista y comunitaria propia de la Edad Media. Adelantamos que se trata de un concepto histórico que aparece a partir del tránsito a la modernidad y que sustituye, o al menos complementa, a las ideas del Derecho como orden

creado por Dios y desarrollado por el legislador humano, o como «*id quod iustum est*», lo que es justo y que se descubre en la relación humana concreta. Estas dos aproximaciones, las más frecuentes en el mundo premoderno no son necesariamente contradictorias, y expresan la tensión de lo general y de lo particular, de lo sistemático y de lo tópicó, que reencounteremos en el Derecho moderno y en la propia dialéctica de la creación, interpretación y aplicación de los derechos humanos en nuestro tiempo.

La cultura de los derechos humanos, y consiguientemente el lenguaje que la significa, se inclina a la visión subjetiva, al referente individual, a la titularidad de los derechos, más que al sistema de normas que la sostiene y ampara. El sujeto y su protección es núcleo central necesario para la comprensión del problema y el elemento unificador último, que comunica a todos los términos usados como sinónimos de derechos humanos.

Pero las diferencias que vamos a analizar suponen intentar elegir un término de los usados en el lenguaje natural o estipular uno al que se justifique debidamente, aunque ni siquiera en este caso la estipulación supone crearlo desde la nada². No hay duda que el término más común y el que todos los hombres comprenden o intuyen es el de derechos humanos, y si intentamos describir lo que los hombres que lo usan pretenden decir veremos que expresan al menos dos cosas diferentes. Por un lado, se refieren a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna. Así, cuando se dice en el contexto político de una dictadura, que tenemos derecho a reunirnos, o de otra forma, que la reunión y la asociación son un derecho humano, aunque el sistema jurídico de esa dictadura no incorpore como norma positiva un derecho subjetivo o una libertad a reunirse o a asociarse.

Por otro lado, se utiliza el término para identificar a un sistema de Derecho positivo, cuando se dice, por ejemplo, que los derechos humanos están reconocidos en el Título Primero de la Constitución española y están protegidos, en su caso, por el recurso de amparo. Aquí reunirse y asociarse no exige una lucha política, ni se sufre persecución al presionar para que se reconozca, sino que se utiliza una serie de técnicas reguladas en un procedimiento legal, para hacer efectivo el derecho reconocido en el Ordenamiento a reunirse y asociarse.

¹ En este sentido es interesante el libro de PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, especialmente su capítulo primero: «Delimitación conceptual de los derechos humanos».

² Sobre las connotaciones lingüísticas del Derecho vid. SCHREIBER, R., *Logica del Derecho*, Sur, Buenos Aires, 1967. Traducción de Emersio Garzón Valdés del original alemán *Logik des Rechts*, Springer, Berlin, Göttinga, Heidelberg, 1962. SOURIOUX, J. L., y LERAT, P., *Le Langage du Droit*, PUF, Paris, 1975, y CARRIO, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje* Abelardo Perrot, 4.ª ed., corregida y aumentada, 1990, y *El lenguaje del Derecho. Homage to Gerardo R. Carró* (Bulvyn, Farrell, Nino y Rabossi, compiladores) Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1983.

Al utilizar el término «derechos humanos» podemos estar refiriéndonos a una pretensión moral, o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica, pero en el primer caso a la pretensión moral se la revise de los signos de lo jurídico al llamarlo «derecho». Dicho de otra manera es un uso ambiguo que significa dos cosas distintas, que en la historia del pensamiento jurídico han expresado un enfrentamiento permanente, el punto de vista iusnaturalista y el positivista.³ Pero la ambigüedad no se disipa teniendo en cuenta el contexto lingüístico en que aparecen las palabras y la situación humana dentro de la que son usadas como dice Carrió⁴, porque detrás de cada uno de los dos sentidos en que se usa la expresión «derechos humanos» existen unas tradiciones culturales no sólo dispares sino, en el límite, incompatibles.

Es difícil, por consiguiente, con un término tan extendido y con una ambigüedad que expresa dos ideas que chocan frontalmente, poder elaborar una reflexión sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Es más, en realidad este fenómeno de los derechos humanos como veremos supone una dimensión moral y una jurídica de Derecho positivo al mismo tiempo, y la presentación antitética que puede desprenderse de los dos usos que encontramos, «derechos» que no necesitan al Derecho positivo, y derechos positivizados cuya raíz ética no se tiene en cuenta o al menos no se subraya suficientemente, son formulaciones reduccionistas que engañan y enmascaran su sentido integral.⁵

«Derechos Humanos» no es la expresión adecuada y aquí el consentimiento universal, que se desprende de su utilización generalizada, no es razón para aceptarla como base de un proceso de reflexión que lleve a la comprensión de lo que se quiere identificar. Sin embargo, podemos explicar su éxito y su extensión que representa un anhelo generalmente sentido por los hombres en la historia moderna. Y también que en el primer sentido se use «derechos» para reforzar la presión de la pretensión moral y su vocación de ser «Derecho positivo». En todo caso, tenemos que coexistir con una utilización tan difundida, intentando explicar los límites del uso de este tipo de lenguaje, y sobre todo, tenemos que evitar que esta definición, basada en lo que se dice en el len-

³ Vid. sobre este tema mi libro *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Debate, Madrid, 1983. Vid. asimismo, BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965, y CARRÍO, G., *Un innetno de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

⁴ Vid. «Notas sobre Derecho y lenguaje», citado, p. 29.

⁵ Estamos ante un caso de polisemia lingüística de una palabra que pertenece al lenguaje natural, pero que tiene además un significado específicamente jurídico en el uso del término «derechos humanos» en su segundo sentido. Vid. SOURIOUX, J. L., y LERAT, T. P., *Le langage du Droit*, citado, p. 94.

guaje natural, sea el punto de partida para justificar otros términos, pretendidamente más sólidos, con los que expresar la idea de derechos humanos.

Si descartamos como lenguaje base para uso más riguroso el término «derechos humanos» habrá que ver si alguno de los otros términos utilizados es adecuado o si se tiene que estipular un término, o un sentido específico a un término preexistente para poder continuar nuestra indagación.

2. DERECHOS NATURALES

El uso del término «derechos naturales» se identifica con una posición iusnaturalista, incluso situada en momentos históricos anteriores, y supone una terminología anticuada y en relativo desuso. En efecto, el iusnaturalismo contemporáneo utiliza otros términos como el ya señalado de «derechos morales» al que nos referiremos posteriormente, aunque todavía se encuentran en España defensores del término derechos naturales⁶, y también en la cultura jurídica anglosajona⁷. En el origen de la historia de los derechos humanos, éstos aparecían como derechos naturales y en las primeras Declaraciones liberales del siglo XVIII en los modelos americano y francés encontramos consagrada esta expresión como la habitual para designar a los derechos del hombre. Como sinónimo de derechos naturales, algunos textos utilizan la expresión «Derechos innatos»⁸, o derechos inalienables⁹. De «derecho natural», y en sentido subjetivo habla la Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware¹⁰ y de «derechos naturales», con los adjetivos inalienables y sagrados, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el Prámbulo y en el artículo segundo coexistiendo esa terminología con la de «derechos del hombre», que se utiliza en el Prámbulo, «derechos del hombre y del ciudadano» que se utiliza en el título y en el artículo doce¹¹. Ésta será la

⁶ Vid. FERNÁNDEZ-GALLIANO, A., *Derecho Natural. Introducción Filosófica al derecho*, Ed. Centro de Estudios Arcecs, 5.ª edición, Madrid, 1989. En el mismo sentido su obra con CASTRO CID, B., de *Lecturas de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Universitat, S. A., Madrid, 1993. De todas formas, aunque se sigue defendiendo la idea de derechos que existen «por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana» (p. 423), la terminología se cambia y se utiliza la de derechos fundamentales, ya en esta obra y también en la edición citada del Derecho Natural. También el prof. MACÍÁ WANSO, R., se decanta por la expresión «derechos naturales del hombre». Vid. «Fundamentación, consistencia y realización de los derechos humanos», en *Personas y Derecho*, núm. 23, 1990, p. 145.

⁷ Vid. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1.ª ed., 1980.

⁸ En este supuesto se encuentra la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776 en su artículo primero (Vid. *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 101).

⁹ Esta expresión se encuentra en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 (Vid. PECES-BARBA, G.; HIERRO, L.; INIGÜEZ DE ONZOÑO, J., y LLAMAS, A., *Derecho positivo de los derechos humanos*, citado, p. 107).

¹⁰ 11 de septiembre de 1776, artículo 2 (Vid. *Derecho positivo*..., citado, p. 110).

¹¹ Vid. el texto en *Derecho positivo*..., citado, pp. 111 y siguientes.

terminología del iusnaturalismo racionalista, de Locke¹² y la de la Ilustración, en autores como Condorcet en su «Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del Espíritu humano» y antes en «Las Cartas de un burgués de New Haven» y en sus «Ideas sobre el despotismo»¹³, o como el propio Robespierre en su propuesta de un Preámbulo para una Declaración de Derechos, que hizo en la sesión de la Convención de 24 de abril de 1793¹⁴. Será también la de la Enciclopedia en voces como «Derecho Natural o Derecho de la Naturaleza», «Libertad Natural», «Poder legislativo, ejecutivo y judicial», entre otras¹⁵.

En todo caso la expresión «derechos naturales» supone:

- a) unos derechos previos al Poder y al Derecho positivo, que como el Derecho Natural es Derecho, tienen una dimensión jurídica.
- b) se descubren por la razón en la naturaleza humana.
- c) se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y son un límite a su acción.

Representan una concepción racionalista abstracta que prescinde de la historia y de la realidad social para la identificación de los derechos y a finales del siglo XX, con la crisis del iusnaturalismo racionalista y las críticas del positivismo, tema al que nos referiremos más adelante, no tienen un arraigo sólido en la cultura jurídica y política. Son utilizados por posiciones ideológicas conservadoras que los enfrentan al poder del Estado y a su Derecho incluido el Estado Democrático parlamentario representativo, o por sectores del pensamiento jurídico vinculados al iusnaturalismo más tradicional.

Incluso sectores del iusnaturalismo actual no aceptan el término dado para nuestros días, aunque reconocen su valor en la génesis histórica de los derechos. Ese es el caso en España de Pérez Luño¹⁶ o de Eusebio Fernández¹⁷.

En definitiva el término «derechos naturales» tiene importancia en la historia de los derechos humanos pero su uso ha perdido sentido en la actualidad. Por otra parte, en el lenguaje utilizado habitualmente por los operadores jurídicos y por los ciudadanos su incidencia es progresivamente escasa. No parece

¹² Vid. *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

¹³ Vid. la expresión en la edición de *Bosquejo...*, preparada por Torres del Moral, Editora Nacional, Madrid, 1980, en p. 198. Vid. también referencia a las otras dos obras en la introducción de Torres del Moral, pp. 18 y 19.

¹⁴ Vid. el texto de su discurso y la referencia a los derechos naturales en ROBESPIERRE, *Discours et Rapports à la Convention*, Union Generale d'Editions, París, p. 122.

¹⁵ Vid. estos textos en *Artículos políticos de la Enciclopedia*, edición de SORIANO, R. y PORRAS, A., Tecnos, Madrid, 1986.

¹⁶ En su obra *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, ya citada, p. 30.

¹⁷ En su obra *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 85 y siguientes.

que sea la expresión adecuada para abarcar hoy el fenómeno de los derechos humanos.

3. DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Estamos ante un término más moderno, más técnico, con poca incidencia en el lenguaje natural, que situamos en la terminología propia del Derecho, que a veces, por sus implicaciones lógicas y el contexto de su génesis lingüística supone un obstáculo importante para el no jurista. Estas dificultades de comprensión que impiden la comunicación generalizada son, en un tema como el de los derechos humanos, una buena razón para no asumirlo como la formulación más adecuada. Más bien, su acción puede ser eficaz en la cultura jurídica interna, es decir, la que se produce en las relaciones entre operadores jurídicos. El término se creó en el seno de la escuela del Derecho público alemán en el siglo XIX, como especificación del concepto más genérico de derecho subjetivo, expresión del individualismo en el pensamiento positivista, aunque las raíces son más antiguas, como señala Villey¹⁸. De algún modo los derechos subjetivos son la versión positivista de los derechos naturales, amparados ambos en el mismo marco cultural antropocéntrico, aunque este segundo término, probablemente por ser un cultismo jurídico, alcanzó menor extensión en su uso como lenguaje natural. Lo que Windscheid, Ihering o Thon, desde sus posiciones construyeron con carácter genérico¹⁹, lo aplicó Jellinek, al Derecho público, a través de la teoría de los status, situaciones creadas por el Derecho objetivo, de algunos de los cuales surgirán esos derechos públicos subjetivos²⁰, que en el seno del lenguaje jurídico especializado pretende sustituir al concepto de derechos humanos.

Hay que señalar también que una reacción crítica de plural procedencia, desde el normativismo Kelseniano, desde el realismo escandinavo, con un punto

¹⁸ Vid. *Les origines de la notion de droit subjectif*, en «Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit», Dalloz, París, 1962, pp. 221 y siguientes. Del mismo autor tres trabajos sobre el origen histórico de los derechos subjetivos en GÜLLERMO DE OCKHAM, HOBBS y HENNING, en su obra *Scilicet essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1969, pp. 140 y siguientes.

¹⁹ Sobre derecho subjetivo en general vid. *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 9, Sirey, París, 1964, con trabajos de Cong. Dahin, Longchamps, Maspérol, Roubier, Villey, etc. También DABIN, J., *Le Droit Subjectif*, Dalloz, París, 1952, traducción castellana de J. Ossat, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; ROUBIER, P., *Droits subjectif et situations juridiques...*, Dalloz, París, 1963; BARCELONA, P., *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milán, 1984.

²⁰ La obra de JELLINEK, T. G., *System des subjektiven öffentlichen Rechte* ha sido consultada en su versión italiana *Sistema dei diritti pubblici subjetivi*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912. Sobre Jellinek, en general vid. el trabajo de RIOS, F. de los, *La doctrina de Jellinek*, publicado como prólogo a la traducción de la *Allgemeine Staatlehre*, Albatros, Buenos Aires, 1973.

de partida positivista lógico²¹, desde el pensamiento nacionalsocialista en Siebert o Larenz²², han puesto en entredicho, con mayor o menor fortuna el término «derecho subjetivo», e incluso una propuesta de revisión crítica del concepto en Hohfeld que puede poner en entredicho una simplista identificación entre derechos humanos y derechos públicos subjetivos, aconsejan distanciarse de este término, que ofrece más dificultades que ventajas para impulsar la flexión y la práctica de los derechos humanos²³.

Además este término circunscribe a los derechos, como límites al poder y sólo esgrimibles, por consiguiente, ante los poderes, autoridades y funcionarios, pero no en las relaciones entre particulares, mientras que el concepto anteriormente analizado de «derechos naturales» se planteaba, en su origen, siempre entre iguales en el estado de naturaleza, donde no existía poder. Así la escuela de Derecho público alemán, marcará en ese sentido a la doctrina y al Derecho positivo alemán de los derechos fundamentales, con una exclusión de los derechos en las relaciones de Derecho privado, al menos prima facie, como tendremos ocasión de ver al estudiar ese tema.

La dificultad no estriba sólo en el componente técnico jurídico del concepto, ni en su falta de aceptación generalizada en la cultura jurídica actual, sino en que, como señala Pérez Luño, se trata «de una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo...»²⁴. Los derechos humanos en el Estado social, que son los que hoy nos encontramos, con una función promocional del Derecho y con unos derechos de crédito para exigir comportamientos positivos de los poderes públicos, difícilmente se pueden encuadrar en la categoría de los derechos públicos subjetivos.

Razones de comunicación generalizada de la idea de derechos humanos que no se obtiene con una herramienta lingüística creada desde el pensamiento jurídico, de impugnación de un estatuto científico por un sector relevante de

la doctrina, y de falta de adecuación a la situación actual de los derechos humanos en el Estado social, impiden que este término pueda ser escogido para expresar el núcleo del problema, sin perjuicio de que en el interior del razonamiento de los operadores jurídicos se usa y se seguirá usando para denominar a los «derechos humanos».

4. LIBERTADES PÚBLICAS

En su formulación precisa este término se sitúa en el ámbito de la doctrina francesa y también, como en el caso de «derechos públicos subjetivos», en una dimensión positivista, probablemente como reacción frente a la ambigüedad del término derechos del hombre, situado en la tradición revolucionaria de 1789 con una clara impronta iusnaturalista²⁵. Se pretende identificar, con unos derechos, reconocidos en el sistema jurídico, eficaces y protegidos por los jueces. Frente al espíritu, sin fuerza, las libertades públicas expresan un espíritu, una moralidad apoyada por la fuerza del Derecho positivo. Podría mos decir, que con los rasgos propios de la cultura jurídica francesa, viene a significar lo mismo que derechos públicos subjetivos para la alemana, aunque con mayor capacidad de expansión, por su inferior tenor técnico-jurídico, y por su mayor vinculación con un lenguaje natural con arraigo en la cultura europea.

En efecto, el término «libertades» se usa junto con el término «privilegios», y a veces con «derechos» y «franquicias», en textos premodernos, y de los primeros siglos de la modernidad (XVI y XVII), para significar los derechos corporativos de los gremios, de los órdenes sociales, de los habitantes de las ciudades, de ahí que se usase junto y casi como sinónimo de privilegios. Más tarde, a partir del tránsito a la modernidad, «libertades» extiende su uso para referirse a derechos individuales. Encontramos ya el término libertades en la Carta Magna de 1212, para todos los hombres libres —número I—, para la Ciudad de Londres y para las demás ciudades, villas y puertos —número 13—, en la «Petición de Derechos» de 1628 (n.º III y n.º XI), e incluso al-gun texto del XVII se denomina «Cuepo de libertades, como el de la Bahía de Massachussets de 1641»²⁶. La denominación «libertades» se sitúa más bien

²¹ Vid. MONTORO, A., *Sobre la revisión crítica del Derecho subjetivo desde los supuestos del Positivismo lógico*, Universidad de Murcia, 1983.

²² Vid. LA TORRE, M., *La Lotta contro il Diritto soggettivo*, Karl Larenz: e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Giuffrè, Milán, 1988.

²³ HOHFELD, W. N., *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, Yale Law Journal, 16, New Haven, Connecticut, 1913. Hay traducción castellana de G. Carrá, «Conceptos Jurídicos Fundamentales», en Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968. Es muy útil una versión italiana «Concetti Giuridici fondamentali», publicada por M. Losano en Einaudi, Turín, 1969, con dos trabajos sobre Hohfeld de Cook y de Moritz. En España ATIENZA, M., ha aplicado los criterios de Hohfeld a la clasificación de los derechos humanos. «Una clasificación de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Madrid, 1986/87, pp. 29 a 43.

²⁴ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citada, p. 34.

²⁵ Así lo reconoce MORANGE, J., que compara «libertades públicas» con «derechos del hombre», término que alude a unos sistemas de valores muy distintos, por lo que hay, dice, una gran distancia entre la ética y un sistema jurídico más o menos coherente. Las «libertades públicas» tienen la ventaja de constituir una realidad jurídica. (Vid. *Libertés publiques*, PUF, París, 1985, p. 12).

²⁶ Vid. estos textos y otros que recogen la expresión libertades en *Derecho positivo de los derechos humanos*, citado.

en un contexto historicista, como el del viejo y buen Derecho de los ingleses, y no supone una referencia abstracta y racional como la de los derechos humanos, sino la identificación de franquicias o derechos de carácter positivo. En todo caso forma parte del lenguaje natural usado por los ciudadanos, e incluso más extendido, al menos hasta el siglo XVIII, que el de derechos humanos.

Este arraigo explica la mayor sintonía con el término «libertades públicas», aunque su origen no esté en el lenguaje natural, sino sea producto de una estipulación.

La expresión en singular se encuentra en la Constitución Francesa de 1793, en su artículo 9, e incluso en la exposición de motivos de la Carta de Luis XVIII de 1814. Chateaubriand será el primero, según Collard²⁷ en utilizar el término en plural. Y aunque su uso polifónico inicial se encuentra en el llamamiento del Príncipe Presidente, y futuro Napoleón III, de 2 de diciembre de 1851 que justifica su golpe de Estado y explica los principios de su propuesta constitucional, se convertirá en una terminología propia de la tradición republicana y radical, que se extenderá al lenguaje científico²⁸, y al legal con la Constitución de 1946—art. 7— y con la de 1958, vigente hoy en Francia—art. 34.2.

El reflejo académico de esa situación es que «libertades públicas» fue una asignatura optativa en tercer curso a partir de la reforma de 1954, de los planes de estudios de Derecho, y como curso obligatorio de cuarto año para los estudiantes que hubieran elegido la sección de Derecho público. A partir de 1962 se convierte en un curso semestral obligatorio para todos los estudiantes de tercer curso en la licenciatura de Derecho²⁹, lo que explica la gran proliferación de Cursos y Manuales sobre esa materia en Francia³⁰.

Entre las ventajas que tiene el término «libertades públicas» para ser adoptado como identificador de la idea de los derechos, está su difusión y, **siguientemente, su capacidad para servir de comunicación como expresión de un lenguaje natural.** Asimismo, es adecuado que suponga una idea de derechos

²⁷ Vid. *Libertés Publiques*, Dalloz, 4.^a ed., París, 1972, p. 15.

²⁸ DOGUIT usará esta terminología en el tomo II de su «Tratado de Derechos Constitucionales», que se titula *Les libertés publiques. L'organisation politique*, y aparece en 1911. A partir de esa fecha BARTHÉLEMY, en las ediciones de su «Tratado de Derecho Administrativo», utilizará también esa expresión.

²⁹ En España, en 1990, solamente existía en este campo una materia optativa en la Universidad Carlos III de Madrid denominada «Derechos fundamentales» y otra denominada «libertades públicas» en Valencia.

³⁰ Entre los más clásicos vid. RIVERO, J., *Las libertés publiques*, PUR, París, dos tomos, ed. 1973 y 1977; ROBERT, J. (en colaboración con DUFFAR, J.), *Libertés publiques*, Monchrestien, París, 1982; BURDEAU, G., *Les libertés publiques*, L. G. de D. et J., París, 4.^a ed., 1972. Vid. en MORANGE, J., citado, una bibliografía en p. 17.

situado en el Derecho positivo, aunque sus raíces se encuentran en el plano de la moralidad. Sin embargo, estamos ante una expresión que no abarca todas las posibles facetas de los derechos humanos tal como han ido aflorando en el mundo moderno, sino que se identifica con una categoría, la de aquellos derechos que llamamos derechos de autonomía porque suponen la creación por el Derecho de un ámbito exento para la libre acción de la voluntad. Ni los derechos participación, ni sobre todo, los derechos prestación, se pueden acomodar a esta terminología.

Si presentamos esta dificultad desde su dimensión política e ideológica resultará que ni la aportación democrática, que se refiere a los derechos políticos, ni la socialista, que incide en los derechos sociales, caben dentro del término «libertades públicas». Se trata de una terminología situada en la filosofía liberal, que refleja los derechos civiles individuales, pero ni siquiera las correcciones democráticas respecto a la participación política. Para que se pueda entender con un ejemplo, el derecho a participar en elecciones periódicas por sufragio universal no entraría fácilmente en la categoría de libertades públicas, ni por supuesto tampoco derechos como los de la salud, seguridad social, educación, etc.

Es verdad que una decisión lingüística permite, en teoría, estipular una extensión del concepto de libertades públicas a esos derechos propios del Estado social, porque partimos de un rechazo de cualquier sustancialismo lingüístico. Sin embargo, si pretendemos una extensión comprensible para todos, esa decisión de laboratorio tendería el lastre de lo que para la cultura jurídica moderna supone el término «libertades públicas». Invertir, toda una tradición cultural y una inercia reflejada lingüísticamente en un término, es un costo excesivo. Parece más razonable descartar este término para designar al fenómeno «derechos humanos» en toda su integridad sin perjuicio de su uso como sinónimo, limitado a los derechos civiles individuales.

5. DERECHOS MORALES

Esta terminología ha alcanzado últimamente una gran difusión, originada en la cultura anglosajona, y extendida rápidamente a la cultura de lengua castellana, más que a la francesa o alemana.

El sentido de esta concepción es que estamos ante unos derechos previos al Estado y a su Derecho, que son triunfos frente al Estado, en la terminología de uno de sus grandes impulsores R. Dworkin. Se trata de un concepto de derechos que se puede esgrimir frente al poder, incluso frente al poder

democrático, que sobrevive a las leyes y sentencias contrarias. Para resumir su teoría dirá:

«... Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contrar del Estado... El Derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no aisle el problema de los derechos en contra del Estado. Ello requiere una fusión del Derecho constitucional y la teoría de la ética, una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse...»³¹

Esta terminología de derechos morales está muy arraigada en la cultura anglosajona, incluso autores como Hart, del que disiente Dworkin por considerarlo defensor del modelo positivista, sostiene el término «derechos morales» en su trabajo, «Are there any natural rights?» de 1955³², rechazando la posibilidad de que se siga impugnando esa terminología³³.

Para este planteamiento, tener un derecho moral es «concebir los derechos como poseídos por o como pertenecientes a individuos, y estas expresiones reflejan aquella concepción de las reglas morales con arreglo a la cual, éstas no se limitan a prescribir conductas, sino que, además constituyen un tipo de propiedad moral de los individuos, a la que éstos tienen título en tanto que individuos...»³⁴.

³¹ Vid. *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, con estudio introductorio de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984, p. 230 y 233. Las tesis de Dworkin están en el capítulo 4 de la obra *Los casos difíciles*, y en el 5.º Como veremos la conexión Derecho y Teoría de la Ética tiene otras posibilidades de conexión, que Dworkin no conoce y que se han experimentado en la cultura jurídica Europea. Sólo la desconexión por el pensamiento europeo continental y consiguientemente su desconocimiento, pueden llevar a esas conclusiones.

³² *Philosophical Review*, Volumen 64, 1955, n.º 2, pp. 175 a 191. Hay traducción castellana con estudio introductorio de Genaro Carría, en el volumen *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. De Palma. Buenos Aires, 1962.

³³ «... Quizá pocos han de negar hoy, como algunos los hicieron, que hay derechos en el campo moral: porque aquella negativa tenía usualmente por mira objetar alguna pretensión filosófica acerca del "status ontológico" de los derechos, y dicha objeción es ahora expresada, no como una negación de que haya derechos en el campo moral, sino como una negación de alguna supuesta semejanza lógica entre las proposiciones usadas para invocar la existencia de derechos y proposiciones de otro tipo...» (obra citada, p. 67). También en una visita a Madrid en abril de 1988 tuve ocasión de discutir personalmente el tema con el profesor Hart, quien ratificó su defensa de la expresión derechos morales, compatible con sus serias discrepancias con los planteamientos del profesor Dworkin. Esencialmente coincide en situar en Hart el origen consolidado de la terminología, el Prof. ROJO, en su trabajo «Los derechos morales en el pensamiento anglosajoniano», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 5, citado, pp. 231 a 249, aunque recuerda una mención de MILL, J. S., en *El utilitarismo*. Consultada la versión castellana de Esperanza Guisán en Alianza Editorial, Madrid, 1984, aparece la referencia en pp. 104 y 105: «... Cuando, sin embargo, se considera que una ley es injusta, parece que siempre obedece a que se sigue el mismo criterio que para considerar injusto el quebrantamiento de una ley, a saber, la violación del derecho de una persona, derecho que como en este caso, no puede ser de tipo legal, recibe una calificación diferente, siendo denominado como derecho moral...».

³⁴ HART, H. L. A., *Derecho y Moral*,... citada, p. 77. En la misma línea LOMASKY, L., dice «... the core of this notion is that each person possesses a kind of sovereignty over his own life and that such sovereignty entails that he be accorded a zone of protected activity within in which he is to be free from encroachment by others». En *Person Rights and the Moral Community*, Oxford University Press, New York y Oxford, 1987, p. 11. Se puede citar otras muchas obras de autores ingleses, así WHITE, A., *Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983 y otros que PAKAMO, J. R. de, cita en su interesante bibliografía recogida en «El Concepto de derecho: Una introducción bibliográfica», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 4, citado, pp. 199 y siguientes.

En España, esta terminología es asumida por autores como Eusebio Fernández³⁵. Antonio Pérez Luño indicará, que hablar de derechos morales es adoptar una posición inusualista que él comparte, abierta a la historia y flexible, y como veremos, aunque el profesor Eusebio Fernández haga un esfuerzo por distinguir ambas y exprese también su interés por las dimensiones históricas, esta identificación entre derechos morales y derechos naturales es bastante común en el pensamiento anglosajón³⁶.

Una línea más racionalista, que rechaza las dimensiones históricas, y que reivindica unos derechos morales universales, absolutos e inalienables, como es el caso del profesor Laporta, aparece también en España, con su trabajo «Sobre el concepto de derechos humanos», que se presentó inicialmente como ponencia en un Congreso de profesores de Filosofía del Derecho, celebrado en Alicante en diciembre de 1987³⁷. Complementario de este trabajo es el del profesor Ruiz Miguel «Los derechos humanos como derechos morales. Entre el problema verbal y la denominación confusa»³⁸, donde el Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid rebate algunas críticas al concepto de derechos morales y reivindica su utilización como sinónimo más preciso del término derechos humanos.

Pero probablemente, la introducción de esa terminología en la cultura jurídica de lengua española, se debe al profesor argentino Carlos Santiago Nino con su obra «Ética y Derechos Humanos»³⁹, en una formulación más amplia y justificada que las anteriores, en las que, sin duda, ha influido, aunque se separe de algunos planteamientos, como el carácter incondicional y universal de los derechos.

No es éste el momento adecuado para reflexiones sobre los contenidos y las consecuencias de este concepto de derechos morales, aunque por la importancia que ha adquirido, deberá ser analizado en otro apartado de este capítulo. Se trata aquí solamente de decidir si estamos ante el término lingüístico

³⁵ Vid. su obra *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, citada.

³⁶ La tesis de PÉREZ LUÑO en su obra *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, ya citada, p. 179.

³⁷ Se publicó posteriormente en la revista *Dova*, n.º 4, Alicante, 1987, en un número homenaje a Eusebio Garzón Valdés, pp. 23 a 46.

³⁸ En el libro MUGUERZA (y otros), *El fundamento de los derechos humanos*, ed. a cargo de G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp. 321 a 326. Posteriormente ha publicado una versión revisada y ampliada con el título de «Los derechos humanos como derechos morales», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, Madrid, 1990, pp. 149 y siguientes.

³⁹ Editorial Asutra, Buenos Aires, 1984, 2.ª edición ampliada y revisada Ariel, Barcelona, 1989. Existe edición inglesa posterior *The ethics of human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991. Puede verse una última reflexión de este autor sobre este tema en su trabajo «Sobre los derechos humanos», en *Dova*, núm. 7, Alicante, 1990, pp. 311 y ss.

tico adecuado para abarcar el fenómeno de los derechos humanos en todas sus dimensiones, aunque la consideración más detenida que anunciamos, servirá para confirmar, o en su caso rectificar esta conclusión.

Tengo la impresión de que tampoco estamos ante la expresión ideal que integre toda la compleja textura de los derechos y que nos conduzca a su comprensión integral. Al menos las siguientes razones abonan esta opinión:

a) Es difícil distinguirlo del concepto de derechos naturales, como infortunadamente pretende Eusebio Fernández. Hart identifica los dos términos y Dworkin también, refiriéndose a una teoría «que se basa en los conceptos de derechos que son naturales, en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético...», añadiendo que ha evitado esa denominación sólo por razones prácticas o utilitarias «... porque para muchas personas, tiene asociaciones metafísicas que la descalifican...»⁴⁰.

Todas las razones que desaconsejaban el uso del término «derechos naturales» son aplicables, por consiguiente, a este supuesto. Es verdad, sin embargo, que el término «derechos naturales», pretende expresar una realidad jurídica, y el de «derechos morales» puede entenderse como un concepto moral al que se añade el de «derecho» que no es monopolio de la realidad jurídica. En todo caso, creo que esta distinción exige mucho afinamiento y que, en la práctica, cumple las mismas funciones ideológicas que el término «derechos naturales».

b) Es una terminología reciente, ajena a la cultura jurídica continental, de origen académico, procedente de la anglosajona con un uso del término «right» más libre y autónomo de «Law», que los sinónimos de las lenguas continentales lo están de términos como Derecho, «Recht», «Dritto» etc., lo que reconoce el propio Hart: «...palabras usadas por los juristas de Europa continental, carecen de traducción simple al idioma inglés...»⁴¹. La generalización de la comunicación de un valor tan central para las sociedades modernas, no parece que se pueda producir a través de una palabra creada como metalingüaje sobre los sistemas normativos, ajenos al lenguaje natural utilizado por los ciudadanos, y que prescinde de las dimensiones jurídicas de los derechos humanos. Una cosa es rechazar el positivismo ideológico y la reducción de los derechos a aquellos creados por el poder, y otra cosa muy distinta es despreciar al Derecho de los derechos humanos como elemento indispensable

para su comprensión. Para eso más vale utilizar la terminología «derechos humanos» que al menos tiene la virtud de su uso generalizado.

c) «Derechos morales» predispone a una aproximación racional, abstracta y ahistorica de los Derechos que prescinde de sus necesarias conexiones con la evolución de la realidad social, y que se cierra a un dato histórico tan incontrovertible como el incremento y la especificación de los derechos por razones culturales, de progreso técnico, etc.

El rechazo o la desconianza de la ampliación del catálogo de los derechos es un signo de esa incapacidad inflexible. Una teoría de los derechos morales de ese tenor no hubiera podido concebir en el siglo XVIII el significado del derecho a la información, o a la inviolabilidad de las comunicaciones, vinculadas y condicionadas a los medios de comunicación de masas o a la ampliación de las técnicas de comunicación, teléfono, télex, telefax, etc.

d) Su consideración de derechos previos, de triunfos frente al Estado, además de su connotación iusnaturalista, los reduce a los derechos de autonomía, propios de una inspiración liberal, y dificulta el status como derechos de los de raíz democrática, a la participación política, y de los de raíz socialista, como los económicos, sociales y culturales. La manipulación política y la impugnación de todo lo que implica el Estado social se favorece con esta terminología.

e) Finalmente, el uso del término «derechos morales», supone partir de un prejuicio no justificado y llegar a unas consecuencias no deseables, en ambos casos prisioneras de unas palabras que no son inocentes. El prejuicio no justificado es suponer que sólo se puede evitar en este campo el positivismo ideológico, especialmente peligroso en las sociedades democráticas donde rige el principio de las mayorías, con el uso de la expresión «derechos morales». Cuando Dworkin dice que es necesaria la conexión entre el Derecho Constitucional y la teoría ética y que, hasta el momento en que escribe, ésta no se ha producido, se sitúa en ese punto de vista. Precisamente el campo de los derechos humanos es expresión de otras posibles formas de conexión entre Derecho y moral que evitan la confusión que suscita la expresión «derechos morales». El fenómeno de los derechos humanos está más próximo a la idea de un Derecho moralizado, es decir, al que se incorporan dimensiones de moralidad, la moralidad legalizada, que a la de una moral que usa conceptos contruidos por el Derecho sin querer dejar el ámbito de la moral, como las que podían desprenderse del uso de la expresión. Las consecuencias no deseables están en la quiebra de un viejo principio, raíz de la Ilustración, base de la tolerancia y de la libertad, y punto de partida histórico de los propios derechos humanos, la

⁴⁰ *Los Derechos en serio*, citada, p. 267.

⁴¹ «Hart derechos naturales?», en *Derecho y Moral*, citada, p. 70. Es indudable que el desarrollo de la lógica deslinda a partir de la obra de Von Wright ha contribuido también a potenciar el uso del término derecho en aquellos sistemas normativos no jurídicos.

distinción entre Derecho y moral, que vino a superar el dogmatismo y la tenencia de la imposición por la fuerza de las verdades morales. El profesor Eusebio Fernández, en una lectura de este texto, ha sugerido que, por el contrario, el término «derechos morales» supone un reforzamiento de la protección de la conciencia. Es una observación aguda pero que no disuelve el reproche de una confusión no deseable entre Derecho y moral. La distinción no es separación, y se puede concebir una moralidad que genera unas pretensiones morales con vocación de incorporarse al Derecho positivo, puente entre la ética y el Derecho, que explican la génesis real de los derechos humanos, sin acudir a ese término. La insistencia en su uso puede llevar a la idea de que estamos ante algo más que una mera disputa verbal. En todo caso, aunque sea ir contra corriente, parece preferible mantenerse en una terminología más acorde con la tradición de nuestra cultura jurídica.

6. DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta ahora hemos analizado términos con pretensión de abarcar el fenómeno de los derechos en su integridad. Existen otros términos, como derechos sociales, derechos individuales, derechos civiles, derechos políticos o derechos ciudadanos o del ciudadano, que se usan habitualmente en el lenguaje natural, aunque con una polisemia lingüística pueden tener sentidos más precisos o más acotados en el lenguaje jurídico, y son ejemplos de interferencias de esas dos dimensiones: la natural y la técnica. En todo caso, además, se refieren a parcelas o sectores de la realidad de los derechos y, bien por los titulares, como es el caso de derechos del ciudadano o de derechos individuales, o por los contenidos, como en los derechos sociales o en los políticos, no se extienden a todas sus posibles facetas.

Desde que inicié, entonces casi en solitario, el estudio de estos temas, tengo preferencia por «derechos fundamentales», como forma lingüística más precisa y procedente⁴². Las razones que entonces motivaron esta decisión y que hoy no sólo permanecen, sino que se han fortalecido ante el panorama lingüístico que acabo de presentar, son las siguientes:

⁴² Vid. *Derechos fundamentales*, 1.ª ed., Guadiana, Madrid, 1973, 4.ª ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 13 y siguientes. Este libro, donde inicié hace diez y siete años mi reflexión sobre estos temas, está hoy a mi juicio superado en sus reflexiones generales y es insuficiente para abarcar todos los problemas que supuso en España la aprobación de la Constitución de 1978. Por eso, aunque es pionero, me parece honesto intelectualmente dejarlo reposar como un estribo del pasado.

a) Es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone.

b) Puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista.

Es evidente que todo término del lenguaje supone la estipulación de un sentido, y que ninguno responde a una esencia material de la que es inseparable. Sin embargo, sí se explican en un contexto cultural más amplio que favorece o dificulta un determinado uso del lenguaje. Es más difícil implantar un término contra la corriente de las tradiciones del pensamiento, del uso lingüístico de los especialistas, en este caso de los operadores jurídicos, también de los ciudadanos. Entendiendo con flexibilidad lo anterior, derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica⁴³.

c) Es más adecuado que los términos «derechos naturales» o «derechos morales» que mutilan a los derechos humanos de su faceta jurídico-positiva, o dicho de otra forma, que formulan su concepto sin tener en cuenta su dimensión jurídico-positiva. Las tradiciones lingüísticas de los juristas atribuyen al término «derechos fundamentales» esa dimensión vinculándola a su reconocimiento constitucional o legal.

d) Es más adecuado que los términos «derechos públicos subjetivos» o «libertades públicas» que pueden perder de vista la dimensión moral, y ceñir la estipulación del sentido a la faceta de la pertenencia al Ordenamiento.

Su proximidad con el término «derechos humanos», salvando su ambigüedad, permite usar «derechos fundamentales» abierto a esa primera e imprescindible dimensión ética que se pierde con una excesiva orientación consuetudinaria o administrativa a la que se reduciría la idea de los derechos con la terminología «libertades públicas» o «derechos públicos subjetivos».

⁴³ En ese sentido puede integrar las dos dimensiones que llevan al profesor PÉREZ LUÑO a reservar el término «derechos humanos» para la moralidad y «derechos fundamentales» para la juridicidad. Por las razones críticas al uso por el pensamiento jurídico de la expresión «derechos humanos» que hemos formulado, no parece aconsejable seguir esa propuesta. En todo caso su análisis, aceptando la imprecisión del término derechos humanos, se aproxima a la que aquí sostenemos, aunque no impugne el uso del término «derecho» en ese caso (Vid. *Los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp. 44 a 51).

En conclusión, parece que el término «derechos fundamentales», es conveniente para identificar al fenómeno de los derechos, aunque no queramos entrar en disputas verbales sin sentido ni favorecer ningún tipo de sustancialismo lingüístico. Con estos matices usaremos la expresión que aparece ya en el propio título de esta obra «Curso de Derechos Fundamentales».

