

# A PROPOSITO DE LA FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por JOAQUIN HERRERA FLORES

## SUMARIO

I. Introducción.—II. Conceptuación y positivación de los derechos humanos: 1. Conceptuación. 2. Positivización.—III. Fundamentación de los derechos humanos: 1. Necesidad actual de la fundamentación. 2. Demarcación teórica y propuesta fundamentadora. a) Demarcación. b) Esquema fundamentador. 3. Uso del término Derecho Natural. El iusnaturalismo crítico.—IV. Interpretación constitucional y de los derechos fundamentales: 1. Dificultades del texto. 2. Pautas generales de la interpretación. 3. Elementos generales de la interpretación. 4. Interpretación «de» y «desde» la Constitución. 5. Interpretación de los derechos fundamentales.—V. Consideraciones críticas.

## I. INTRODUCCION

Se puede decir, sin error mucho, que hoy día la Filosofía del Derecho se configura como una disciplina atenta al profundo cambio que en la estructura jurídica está operando la nueva caracterización emancipadora del Estado social como Estado social y democrático de Derecho. Si la Filosofía como disciplina general observa como esa necesaria unión entre el pensamiento y la praxis se aleja cada vez más de su punto de mira, la Filosofía del Derecho debe encontrar esa intersección entre teoría y práctica, tanto en su específico objeto de estudio, como en sus planteamientos metodológicos que la obligan a acercarse a la realidad social de las normas jurídicas.

El ámbito teórico y doctrinal de la filosofía jurídica ha encontrado en la publicación de la obra *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (\*), a cuyo análisis crítico se dirigen estas reflexiones, una aportación útil para satisfacer la exigencia de delimitación y concreción de su objeto como disciplina científica. La obra realizada por el profesor Pérez Luño se instala en esa problemática y se enfrenta decididamente con esa necesidad de delimitación teórica y práctica en el marco del reconocimiento constitucional de los derechos humanos. Y es precisamente en este ámbito donde se revela como tarea ineludible, como apuesta contemporánea de la filosofía, el hecho de la necesidad de un análisis de los valores en general y de los valores jurídicos en particular, en aras de una verdadera profundización en la democracia y la justicia.

De todos es sabido cómo la tarea iusfilosófica realizada hasta el momento por el profesor Pérez Luño ha radicado en una dedicación atenta al análisis de los valores jurídicos y su colocación en los marcos epistemológicos y axiológicos actuales. Desde su punto de vista, los derechos humanos se configurarían como un conjunto de valores que, considerados como fundamentales dentro de cada ordenamiento jurídico «concretan y desarrollan la idea de justicia» (pág. 15). Afirmación ésta que es, por decirlo de algún modo, el *leit-motiv* del libro que pretendo analizar con el objetivo de encontrar las líneas maestras que conforman los presupuestos actuales de la fundamentación e interpretación de los derechos humanos.

La obra *DHEC* se nos aparece a primera vista como una obra densa tanto en el nivel cuantitativo en relación a su extensión, como en el cualitativo, debido a que en ella se toca un gran abanico temático que va desde el concepto de derechos humanos hasta algunas de sus manifestaciones concretas como, por ejemplo, la regulación constitucional de la tutela del patrimonio histórico artístico. Esa densidad, unida al título que la encabeza puede conducir a confusión si la obra no es leída de principio a fin siguiendo el hilo conductor que la caracteriza, lo cual será desarrollado en un momento posterior de este estudio. Por otro lado, con sólo hojear el índice temático, destaca la amplitud de miras con que el autor se ha enfrentado a su tarea; amplitud que, en una primera y simplista aproximación, pudiera inducir a otorgarle cierta dosis de ambigüedad. El autor es consciente de ese hecho y él mismo se encarga de descartarlo al afirmar, siguiendo a Ferrater Mora, la

---

(\*) A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984. La remisión a páginas concretas del libro irán precisadas entre paréntesis; las referencias bibliográficas seguirán la acotación tradicional mediante notas a pie de página. A partir de este momento las llamadas a la obra se harán mediante las siglas *DHEC*.

positividad de la ambigüedad a la hora de abrir caminos a la investigación (pág. 137). Theodor W. Adorno, en la misma línea, observó que «La filosofía... empieza ser interesante cuando actúa oblicuamente... en tanto que si se desenvuelve con absoluta seguridad y positividad se convierte de antemano en mera comprobación de hechos o simple operación lógica» (1). Por otro lado, retomar una obra de tales características entresacando las posibles contradicciones internas, puede ser una tarea un tanto inútil, en tanto que la estructura misma del objeto a investigar, es decir los derechos humanos, conlleva en sí todo un cúmulo de contradicciones a veces insalvables desde el campo teórico.

Nos encontramos, pues, aquí con una «teoría de los derechos humanos» estructurada en tres partes, no del todo consecutivas, pero imbricadas de tal manera que la una remite a la otra necesariamente: *a)* conceptualización, fundamentación e interpretación de los derechos humanos; *b)* inserción en las coordenadas del ordenamiento jurídico estatal, y *c)* algunas de sus manifestaciones concretas (2). En la línea ya apuntada más arriba no es mi intención contemplar el libro en su totalidad debido a su extensión y complejidad; asimismo una investigación completa del mismo, necesitaría de un análisis independiente de cada parte ya que cada una extiende su marco conceptual a diferentes sectores de la realidad jurídica de los derechos humanos. Esta afirmación no pretende menoscabar la unidad interna del libro *DHEC* sino que, por el contrario, intenta mostrar como esa complejidad apuntada revierte en un abanico enorme de posibilidades de desarrollo, las cuales exigen un espacio y una capacidad que no se tienen en un trabajo como el presente. De todos modos creo que el comentario se va a centrar en el núcleo mismo de la obra, por lo que el resto de los capítulos deberán ser considerados a la luz de estas apreciaciones. El método a seguir va a consistir en ir analizando los capítulos que toman como principal punto de partida la necesidad de conceptualizar, fundamentar e interpretar de un modo actual la categoría de los derechos humanos tanto en su vertiente axiológica objetiva y social, como en su caracterización jurídico-positiva encarnada en las Constituciones de la época contemporánea. En primer lugar se estudiarán los tres primeros capítulos que forman una unidad conceptual y sistemática, y en un segundo mo-

---

(1) THEODOR W. ADORNO, *Terminología filosófica*, ver. esp. de Ricardo Sánchez. Ortiz de Urbina, Taurus, Madrid, 1976, vol. II, pág. 56.

(2) Aunque la elección de los derechos fundamentales que se estudian no deje trascender un hilo expositivo en función de los aspectos metodológicos del resto del libro y apunten más a preocupaciones personales y quizá de un carácter ocasional, se puede encontrar en ellas la exposición concreta y precisa de gran cantidad de los elementos más generales que las preceden.

mento se verterá todo este bagaje en la visión comprensiva de los capítulos dedicados a la interpretación tanto de la Constitución, desde sus puntos de vista internos y externos, como de los derechos fundamentales.

## II. CONCEPTUACION Y POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

La primera parte de este estudio que, como afirmé anteriormente, constituye un núcleo interrelacionado estrechamente, comprende los tres primeros capítulos del libro: delimitación conceptual (págs. 21 y sigs.), el proceso de positivación (págs. 52 y sigs.) y la fundamentación (págs. 132 y sigs.) de los derechos humanos. Estos temas me parece que constituyen los elementos más sustanciales para la elaboración posterior de una teoría actual de los derechos del hombre.

Este primer análisis conceptual, histórico, institucional y filosófico de los derechos humanos encuentra su adecuada integración en la investigación de las diferentes corrientes interpretadoras del *locus* específico donde se insertan dichos derechos, y de éstos mismos considerados como categorías que, más o menos analíticamente, fundamentan, orientan, critican y especifican el desarrollo normativo posterior del resto del ordenamiento jurídico. Esta idea viene corroborada por el propio autor, cuando en el prólogo a la obra nos dice que «... la interpretación representa el punto de encuentro y el banco de prueba de las distintas teorías sobre los derechos humanos y uno de los factores más decisivos para su realización» (pág. 15).

### 1. Conceptuación

El análisis conceptual y lingüístico de los derechos humanos, se desarrolla a lo largo del capítulo primero en diferentes niveles. En primer lugar se destaca la multiplicidad y multivocidad del término, tanto en el plano semántico como en el de los orígenes ideológicos y sociales del mismo. En este plano se van rastreando las diferentes posiciones doctrinales que en los momentos actuales incorporan la categoría de los derechos humanos en uno u otro campo de miras. Para unos es el cristianismo el punto de partida (páginas 23 y 111); para otros es el marco ideológico del iusnaturalismo racionalista el que se encuentra en la base de la institución (págs. 23 y 24, y 145), y, finalmente, nos encontramos con un sector que los incorpora a las tendencias reificadoras de la burguesía en su paulatino proceso de toma del poder (pág. 23).

Esta pluralidad de tendencias delimitadoras nos constata la dificultad de ofrecer una definición adecuada de los derechos humanos; dificultad que se acrecienta a la hora de aunar en breves párrafos la enorme complejidad de tal categoría de derechos, que, como vimos, se extiende tanto a sus niveles científicos como históricos.

Walter Dubislav en una obra clásica sobre las definiciones, afirmó que «una definición consiste en la comprobación de la significación que posee un signo, y en la aplicación que encuentra (3). La «significación» nos reconduciría al conjunto de elementos que formalmente componen el signo o el objeto a definir; contenido que va variando según los momentos de vigencia de dicho signo, y que en última instancia depende de la justificación o fundamentación que demos a su sentido o fin. Y la «aplicación» nos ofrecería la pauta de su efectividad en la realidad a la que se dirige. Es precisamente en esta línea donde el autor de *DHEC* se instala a la hora de ofrecer una definición de los derechos humanos. Decir que éstos aparecen como «un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional» (pág. 48), es aunar dialécticamente los aspectos de significación formal y los de contenido material y de eficacia. Esta definición intenta no confundir la realidad (campo del ser) con el deseo (deber ser), instalando claramente a los derechos humanos en el terreno del deber ser, sin olvidar la constante tensión entre ambas esferas como requisito indispensable para no recaer en un reduccionismo que ahogaría la complejidad del objeto definido (4).

Antes de llegar a esta conclusión el camino recorrido ha ido topándose con una serie de obstáculos muchos de ellos de difícil superación. Esto es debido a múltiples factores entre los que destaca la resistencia, por parte de un sector de la doctrina, a la hora de entroncar el término derechos humanos con las diferentes significaciones históricas que van configurando su objeto. No pretendo señalar aquí toda la problemática suscitada por el conjunto de límites internos (págs. 29 y sigs.) y externos (págs. 38 y sigs.) del

(3) WALTER DUBISLAV, *Die Definition*, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada y reelaborada, Leipzig, 1931, pág. 2. Citado por TH. W. ADORNO, *op. cit.*, vol. II, pág. 13.

(4) Esta definición se diferencia por su carácter marcadamente axiológico de la definición más estrictamente jurídico-positiva de los derechos fundamentales, entendidos como «aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada», en ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 46.

término, sino que por razones metodológicas y de espacio desarrollaré solamente los que me parecen más importantes para el entendimiento global de la obra que se analiza en estas líneas.

La delimitación lingüística interna del problema contiene unos temas de indudable interés para el conocimiento adecuado de los derechos humanos como categorías integradas plenamente en el mundo contemporáneo. De estos temas nos interesa sobremanera destacar dos: el de las relaciones entre el término derecho natural y el de derechos humanos (temática que se desarrollará ampliamente más adelante); y la problemática suscitada por la dualidad terminológica que se plantea alrededor de la alternativa entre el término derechos humanos y el de derechos fundamentales. Es en este último plano donde hay que incidir debido, por un lado, a la importancia del problema y, por otro, a necesidades personales de aclaración.

En principio habría que destacar que no hay criterios sólidos para distinguir de una vez por todas estos dos términos, por lo que se pueden emplear indistintamente (pág. 31), pero tanto por el origen del término derechos fundamentales, como por su naturaleza conviene que hagamos una delimitación básica. Es en la *Grundgesetz* o Ley Fundamental de Bonn aprobada en 1949, donde encontramos por primera vez reconocido el término derechos fundamentales en toda su plenitud. Dos son las razones que fuerzan la aparición del término; por un lado la necesidad de superar el estrecho marco ofrecido por el concepto de derechos públicos subjetivos dentro de la nueva configuración del Estado social, y, por otro lado, la exigencia de articular el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Los derechos fundamentales aparecen, pues, como una alternativa a las categorías jurídicas del Estado liberal de Derecho, estableciendo los cauces para una intervención activa del Estado en la sociedad, propiciando un nuevo orden económico y procurando limar, en la medida de lo posible, las desigualdades intrínsecas del sistema. Los derechos fundamentales cumplen, pues, una función importantísima a la hora de delimitar la actuación de los valores jurídicos y de la plasmación concreta del nuevo tipo de Estado que va consolidándose en la posguerra (5).

---

(5) A favor de la interpretación que considera la continuidad real de la categoría de Estado de Derecho tras la segunda gran guerra recogida en las formulaciones de las Constituciones occidentales, véase el ensayo de WOLFGANG ABENDROTH, «Sobre el concepto de Estado de Derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la República Federal de Alemania», en el volumen *Sociedad antagónica y democracia política*, trad. cast. de Manuel Sacristán, Grijalbo, Barcelona-México, 1973, página 269.

Sin embargo, no es arriesgado pensar que en las últimas décadas esta configuración estrictamente vertical de las relaciones entre la sociedad y el Estado va decantándose por su progresiva desaparición. Socialmente va surgiendo la expectativa de una mayor participación y doctrinalmente aparecen nuevos parámetros que, como el Estado social y democrático de Derecho, hacen posible el necesario acercamiento ciudadano-poder público. Ese intento de horizontalizar las relaciones sociales; esa búsqueda de la disolución de la ética dualista Estado-sociedad civil en unos momentos en que la *reductio ad hominem* se va convirtiendo en algo paradigmático (6), conducen a decantarse por el término derechos humanos como más comprensivo y susceptible de englobar todo este cúmulo de exigencias. La aparición doctrinal y jurisprudencial de principios orientadores como el de la *Drittwirkung der Grundrechte* y el del *favor libertatis* como superadores de concepciones pretéritas de los valores jurídicos reafirman esta elección terminológica, que debe presidir todo el desarrollo explicativo.

Los límites externos del problema son reconducidos al análisis de la relación entre la categoría moderna de los derechos humanos y las concepciones basadas en el predominio de la ley natural que, partiendo de la escolástica española, llega hasta los planteamientos más marcadamente individualistas de la tradición racionalista posterior. Este método racional, saludado como el punto de ruptura con las posiciones más o menos realistas de la escolástica, no supone, por lo menos desde un punto de vista dialéctico y crítico de la historia del pensamiento, una superación total de la enorme tradición aristotélico-tomista de siglos precedentes. La Escuela de Frankfurt, bajo cuyos presupuestos se instala gran parte del pensamiento del profesor Pérez Luño, se ha esforzado en mantener esta tesis con gran énfasis; en dicha línea la obra *DHEC* afirma decididamente que no hay tal ruptura, sino una continuidad clara entre los contenidos individualistas de la tradición escolástica y las formulaciones primigenias de los derechos humanos.

Toda esta tendencia es reforzada argumentalmente afirmando la continuidad en el plano lingüístico, y el valor regulativo de la idea de la ley natural como instrumento crítico del poder existente. Esta afirmación creo que necesitaría una matización en cuanto que llevada a su último extremo podría conducir a confusiones tanto históricas como filosóficas. La continuidad lingüística comienza a relativizarse desde el momento en que somos conscientes de la diferente objetividad en que se apoyaba la terminología

---

(6) MAURICE CROUZET, *La época contemporánea*, ver. esp. de J. M.<sup>a</sup> Espinás, Ed. Destino, Barcelona, 1982, tomo II, pág. 1046.

de las primeras declaraciones y la base social, económica y cultural del escolasticismo. Y, por otro lado, esa función regulativa y pragmática que el autor remacha en diferentes partes del capítulo (véase págs. 43, 44, 47 y 48) como elemento esencial de la idea de ley natural, es discutible que pueda aplicarse sin una previa matización acerca de los diferentes presupuestos que impelían a unos y a otros a separarse críticamente del poder establecido en el Antiguo Régimen.

De todos modos esa función pragmática, esa función, por lo menos, no exclusivamente regulativa de los derechos humanos nos va a acercar más adelante a una concepción nueva del Derecho natural que el autor nos va a proponer en las primeras páginas del capítulo tercero de su libro; nueva concepción que pretende marcar el hilo conductor a la hora de interpretar el papel del Derecho natural en la sociedad contemporánea.

Quizá y como conclusión de este apartado referente a los límites externos a la categoría de los derechos humanos, hubiera sido interesante el haber seguido investigando los avatares de la concepción de la ley natural a lo largo de la evolución del pensamiento que, con Descartes y Spinoza, va conformándose en un sentido más subjetivista, pero que, sobre todo en Spinoza, se desarrolla en constante tensión con la realidad objetiva que se le contrapone como problema. Una investigación de este tipo, que quizá escape al objeto del libro que se comenta, incidiría en la clarificación de posiciones actuales en las que esta temática sigue planteándose. Y ello con especial virulencia en el ámbito de la Filosofía del Derecho en el que se encuentran y entrecruzan todo un cúmulo de corrientes que intentan reafirmar su posición negando radicalmente y, a veces, de un modo ficticio, los presupuestos de otros ámbitos doctrinales que se mueven igualmente dentro del más general de la disciplina que tratamos.

En este sentido es paradigmática la polémica que surge a partir del cambio de denominación que va sustituyendo el rótulo de Derecho natural por el de Filosofía del Derecho, considerando al historicismo y al idealismo alemán, representados en último término por Hegel, como el punto de inflexión en esta temática. Y afirmo la peculiaridad de ello en función de que no sólo en Kant y Fichte la pugna entre la idea y la existencia, el ser fenoménico y lo nouménico, el yo y el no-yo, se debaten infructuosamente al resolverse en la singularidad subjetiva, sino que esta tensión propia de la idea de Derecho natural, va a ser resuelta por Hegel «dentro de su mismo sistema», afirmando el carácter positivo del Derecho natural a la hora de ir acercando los diferentes momentos particulares y dispersos que constituían los presupuestos del pensamiento anterior, a la «moralidad concreta» como último eslabón

de dicha tensión esencial (7). La ley natural sigue planteándose como problema en el mismo Hegel desde el momento en que se esfuerza por encontrar esa ley de necesidad interna que hace funcionar la historia en función de la realización de esa conciliación, en la que los presupuestos del Derecho natural material tienen un papel decisivo.

Otro problema radicaría en la necesaria crítica a esa concepción aristotélica de «naturaleza» que provocó la confusión entre lo teológico, lo ético y lo jurídico conllevando toda una serie de presupuestos *a priori* que contribuyeron al desprestigio de una idea milenaria frente a los desarrollos, tanto en el plano científico como social e histórico, de la Edad Moderna. Sin embargo, este claro rechazo del «apriorismo naturalista» no debe conducir a un olvido o a un rechazo del problema que surge de la tensión entre el ser y el deber ser, entre la idea y la existencia, desde el momento en que con ello reducimos la realidad a nuestra perspectiva negando consiguientemente lo que no concuerde con ella. A este planteamiento muy bien le convendría tomar en consideración la advertencia de Saul Bellow en su obra *El diciembre del decano*: «Y si los científicos puros hubieran comprendido de verdad a la ciencia se habrían dado cuenta de la moral y la poesía que se contienen implícitamente en sus leyes» (pág. 227).

## 2. Positivación

Para desarrollar la crítica a este capítulo se va a tomar como referencia inmediata esa visión dialéctica de la evolución del pensamiento jurídico apuntada en páginas anteriores. La misma definición de la categoría de los derechos humanos ofrecida por el autor y comentada aquí, va a servir de pauta metodológica, no sólo para comentar este capítulo, sino como criterio orientador de todo el trabajo.

Partiendo de estos presupuestos, se puede pensar que la historia del pensamiento moderno ha consistido en un proceso continuo de reconciliación de posiciones aparentemente opuestas, pero que sin lugar a dudas remiten las unas a las otras a la hora de enfrentarse con lo que niegan. La idea racionalista de unos derechos innatos sólo cognoscibles por la razón como único medio capaz de penetrar en tales misterios, remitía indudablemente al problema de la existencia objetiva de lo real que cada grupo o unidad social, consideraba como derecho. Esa complejidad y multiplicidad de marcos jurí-

---

(7) Véase HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. del alemán por Felipe González Vicen, Aguilar, Madrid, 1977, págs. 170 y sigs., esp. págs. 182 y sigs.

dicos, condujo a la reacción antirracionalista a desconfiar de esa infalibilidad de la razón en aras de un análisis detallado de ese material empírico irreductible, en principio, a categorías generales, pero que con el tiempo provocó tal proceso de formalización que superó en su sistematismo al racionalismo más tradicional. Esa formalización suponía ya implícitamente el reconocimiento de sentidos hacia objetivos subyacentes en las normas. Para una defensa efectiva de esos principios y fines generales, el realismo subvierte la problemática inaugurando una «dictadura de los hechos» en contra del planteamiento hegeliano del *um so schlimmer für die Tatsachen*, con las miras puestas en una verdadera realización de tales objetivos en el plano económico y social.

Toda esta evolución doctrinal, interpenetrada por sus opuestos, no se planteó en el vacío. Estas posiciones doctrinales se apoyaron en un conjunto de instituciones que, desde el medioevo hasta las declaraciones internacionales del siglo XX, han intentado reconciliar las exigencias del individuo y de los grupos con las necesidades del poder político.

El autor, consciente de este entramado, analiza el problema de la positivación de la categoría de los derechos humanos, distinguiendo formalmente el nivel doctrinal que sigue las pautas marcadas ya en el primer capítulo y resumidas aquí, y el nivel institucional como terreno donde van a apoyarse tales posiciones; sin olvidar que éstas, a su vez, ejercerán una influencia directiva y crítica sobre los contenidos institucionales.

Para estos fines el método utilizado es el método estructuralista; método que consiste, en rasgos muy generales, en aislar realidades para que una vez delimitadas puedan ser objeto de un modelo que las describa adecuadamente (8). La realidad de una serie de exigencias que en el plano de lo jurídico se van manteniendo a lo largo de la evolución de la humanidad, implica la posibilidad de construir un sistema de los derechos humanos (págs. 62 y 63), el cual necesitaría primero un análisis sincrónico e interno de sus elementos y técnicas, para una posterior investigación de sus raíces históricas.

---

(8) Método afortunadamente no llevado a sus últimas consecuencias superando, pues, las limitaciones que adolece el estructuralismo y por lo que ha sido criticado desde posiciones diversas en los últimos decenios, al insistir en demasía en esa demarcación rígida de realidades conflictivas, dinámicas e interpenetradas. Véase por ejemplo ENRIQUE TIERNO GALVÁN, *Razón mecánica y razón dialéctica*, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 34. De todos modos el estructuralismo es totalmente operativo en el campo jurídico siempre y cuando se considere que «la estructura designa el modo como las partes de un todo se relacionan entre sí, y el estructuralismo (pues) tenga en cuenta que el sentido del conjunto es inmanente en cada uno de sus elementos». MAITE LARRAURI, *Conocer Foucault y su obra*, Dopesa, Barcelona, 1980, pág. 20.

El estudio teórico y empírico de los diferentes ámbitos y niveles de positivación, constituye el plato fuerte de todo el capítulo por su originalidad y su gran aporte bibliográfico y temático. El análisis rigurosamente científico, que no exegético, de la Constitución española de 1978, conduce al autor a la distinción en la misma de cinco niveles de positivación que se concretan en otros tantos instrumentos como son: los principios constitucionales programáticos; principios constitucionales para la actuación de los poderes públicos; normas o cláusulas generales a desarrollar por leyes orgánicas; normas específicas o casuísticas y normas de tutela (págs. 66 a 68); niveles e instrumentos que tienen que ser complementados en su análisis por el párrafo destinado al valor de las Declaraciones de derechos y preámbulos constitucionales, en la medida en que es necesario conocer cuál sea el valor jurídico de los derechos que han sido positivizados mediante un instrumento y otro (págs. 71 a 77).

La realidad jurisprudencial y de eficacia constitucional, conducen a la aceptación del principio material a la hora de conocer la aplicabilidad de los derechos humanos en sus diferentes categorías, sin por ello obviar la total juridicidad de los mismos. Esta aceptación del valor material de los principios mencionados, habría que conectarla con el desarrollo que se hace en un capítulo posterior acerca de la interpretación sistemática de la Constitución. Siguiendo este método se buscaría por un lado el análisis plenamente formal de los derechos constitucionales siguiendo las pautas internas de coherencia, sin olvidar que tal coherencia se extiende también a los intereses que conforman la realidad social material que se pretende regular (página 274) (9).

Ese análisis riguroso, como se dijo anteriormente, no se convierte en exegético desde el momento en que se realizan una serie de críticas, más o menos inmanentes, al propio texto constitucional de 1978, y otras que lo trascienden claramente para contemplar al mismo desde el punto de mira de la realidad social y política del momento de su promulgación. Como críticas inmanentes al texto encontramos (págs. 69 y 70): la heterogeneidad de los medios de positivación, la falta de sistemática, el lenguaje impreciso, el colocar derechos fundamentales fuera de su lugar preciso, con lo que se hace necesaria una cierta flexibilidad a la hora de precisar concretamente el estatuto de derechos fundamentales, anteponiendo esa fundamentalidad del derecho al criterio puramente formal.

---

(9) Principio utilizado también a la hora de analizar el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, véase concretamente págs. 81 y 82 de la obra comentada.

Aquí habría que señalar como el instrumento de desarrollo de esos derechos, concretamente la reserva de ley orgánica, a pesar de su positividad en relación al principio del *favor libertatis*, puede conducir al peligro de la desconstitucionalización de los valores jurídicos haciéndoles perder su propia naturaleza y especificidad (este peligro es claramente denunciado por el autor en multitud de ocasiones: en relación a lo anterior, pág. 68; en relación a las teorías de Theodor Tomandl, págs. 89 y 100; en relación a la actividad del legislador en la interpretación «desde» la Constitución, pág. 280).

Como críticas trascendentes al texto nos encontramos con la ambigüedad tanto teórica como ideológica del mismo; ambigüedad que provoca ese defecto de positivación señalado que conlleva en ocasiones a reforzar la fractura individuo-sociedad estatal en el desarrollo de los derechos sociales (véase págs. 70 y 71, 96 y 97), por lo que la remisión a las circunstancias políticas y sociales que estaban en la base de nuestra norma constitucional es de carácter obligado. Esta crítica es especialmente importante a la hora de enjuiciar el proceso de positivación de los derechos sociales, los cuales han sido destacados como el hito en el que se muestra el índice de progreso moral de la sociedad en que nos movemos al acercar las exigencias del individuo y de los grupos tanto en el plano de su titularidad como en el de su garantía y protección (véase concretamente págs. 84 y 88, notas 111, 118 y 126). En este momento es de todo punto necesario hacer constar la decidida defensa de la necesidad de extender el principio de constitucionalidad a este conjunto de derechos. Si bien la eficacia del conjunto de derechos fundamentales, tipificados en la norma superior, está suficientemente protegido por la interpretación sistemática e integradora de los artículos 9.1 y 53.1, incluso extendiendo su ámbito de aplicación no sólo a las relaciones individuo-poder público, sino también a las relaciones de los ciudadanos entre sí, la eficacia inmediata de los derechos sociales no está lo suficientemente clara en el texto constitucional; ello se observa con sólo hojear su colocación dentro del mismo apartado dogmático y el rótulo que los preside «principios rectores de la política social y económica». En dicha parte constitucional la ambigüedad señalada se realza en cuanto que si por un lado se afirma que estos derechos informarán no sólo la legislación positiva, sino también las actuaciones de los poderes públicos y de los Tribunales de justicia, en un segundo momento parece diferirse su eficacia, es decir, su alegación ante dichos Tribunales, hasta que una ley los desarrolle, con lo que se llegaría a la contradicción de que existen unos principios que informarían la actividad de los aplicadores de las normas jurídicas, pero de ello estarían separados los particulares y grupos que son los que exigen la actuación de dichos órganos. Esta contradicción, más bien semántica, ha sido denunciada por el pro-

fesor Pérez Luño en diferentes ocasiones, pero ha tenido especial importancia en su publicación *Los Derechos Fundamentales*, donde se pone en evidencia tal anomalía, y se salva su interpretación integrando tal precepto (art. 53.3) con la recepción normativa desde 1977 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la ONU en 1966, e integrado plenamente en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 96.1 de la Constitución de 1978; si la eficacia normativa de dicho Pacto es clara a la luz de estas consideraciones, y si en él se incluyen «... la mayor parte de los derechos sociales consagrados en el capítulo III del título I de la Constitución, sería un grave error el desconocer el *status* normativo de estos derechos» (10).

La posibilidad de positivación de los restantes niveles: legislativo, ejecutivo y judicial (págs. 97-108), se contempla con las cautelas debidas a la aceptación del presupuesto del valor jurídico constitucional de tales derechos humanos; pero no se hace de un modo utópico, sino que se reconoce la realidad en que nos situamos, realidad impugnadora de una concepción plena y cerrada del ordenamiento jurídico, y de una visión liberal de la división de poderes en el marco del Estado contemporáneo. En el análisis de estos niveles destaca la posibilidad de que el legislador introduzca nuevos derechos humanos (previendo el peligro ya señalado de desconstitucionalización); la crítica a la intromisión del ejecutivo que, en muchas ocasiones, puede ser menos perjudicial que las del poder legislativo; y la labor subsidiaria a la hora de colmar lagunas en los derechos, por parte del poder judicial.

La cantidad de temas expuestos en este capítulo, temas que van desde la influencia de la igualdad en el plano de los derechos sociales, como el del acercamiento individuo-sociedad entendido como presupuesto del progreso moral y jurídico, tema de la adecuación de los derechos humanos a la realidad dinámica actual, el de la eficacia horizontal que veremos más adelante, etc., superan con mucho los límites de mi trabajo ya de por sí demasiado extenso para los objetivos propuestos. Esta realidad obliga a reducir la exposición más detallada de aquellos problemas y pasar inmediatamente a enjuiciar de un modo breve, y cuando menos parcial, el análisis diacrónico con el que se culmina el capítulo dedicado a la positivación.

Si el pasado histórico tiene alguna virtualidad a más de la meramente erudita, ésta radica en la funcionalidad de sus enseñanzas para la hora presente y para el futuro inmediato. Para ello una visión retrospectiva debe

(10) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 68; véase también la pág. 168, donde se refuerza tal argumentación con abundante referencia a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

de plantearse un adecuado conocimiento de la realidad presente para dar cuenta de la evolución, progresiva o a saltos desde el punto de vista social y humano, de la parcela de realidad que pretende estudiar en sus orígenes y precedentes. Ya Kant inducía a distinguir entre el origen y el principio de algo. Mientras que el origen lo podemos rastrear en el plano temporal remontándonos a los primeros balbucesos de los derechos del hombre, su principio bien puede encontrarse al final del proceso o, en nuestro caso, en la determinada etapa del proceso de evolución de los derechos humanos que nos ha tocado vivir. Quizá este planteamiento metodológico quede un tanto difuminado en el panorama diacrónico del sistema de los derechos humanos que encontramos en las páginas 108 a 130. Estos párrafos conectan en sus elementos teóricos con la discusión mantenida en los primeros párrafos del primer capítulo a la hora de analizar el origen doctrinal y político de los valores jurídicos. Todo el párrafo destinado al análisis diacrónico está atravesado por la idea fuerza de asegurar la influencia omnipresente de la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos a lo largo de toda la historia del concepto: tanto para la antigüedad (pág. 111), para el medievo (pág. 112), para la Edad Moderna en su doble fase de libertades individuales y derechos sociales (págs. 115 y sigs.), como para el momento de la internacionalización de la categoría que estudiamos, el iusnaturalismo constituye el hito fundamental en su evolución, quizá entendido de un modo demasiado progresivo y lineal.

La exigencia clarificadora y, con mucho, el intento de no salirse del cauce establecido en las líneas metodológicas a seguir, impiden una profundización más amplia y abundante (si realizada en capítulos posteriores) en la intuición que aparece en la conclusión (pág. 129) al criticar abiertamente al iusnaturalismo racionalista, con las miras puestas en una fundamentación que contemple el historicismo de los valores jurídicos fundamentales, y su apertura al conjunto de necesidades, no de una naturaleza humana cosificada e hipostasiada, sino a las «que en cada época y lugar requiere la vida de los hombres».

Destaca en este capítulo la unidad metodológica, no sólo en relación con el punto de vista sincrónico de los derechos humanos, sino con los planteamientos del primer capítulo; y como esa unidad de principios va a repercutir de un modo favorable para el entendimiento de lo que son en este momento histórico y lo que han sido en el pasado el conjunto de valores que a lo largo del libro van a intentar ser fundamentados, justificados, interpretados y entroncados con el resto de la realidad jurídica estatal en donde encuentran su máxima y adecuada expresión.

## III. FUNDAMENTACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

El rótulo que encabeza el contenido del capítulo tercero de la obra *DHEC*, «La fundamentación de los derechos humanos» (págs. 132 y sigs.), ofrece ya una indicación muy precisa acerca del *leit-motiv* que preside y aparece como la última etapa de la primera parte del acercamiento filosófico-jurídico a una teoría de los derechos humanos, ya desarrollada en sus aspectos conceptual e históricos. Tal y como se vio más arriba, en relación a la crítica del iusnaturalismo racionalista (pág. 129), la idea de una nueva fundamentación de tal categoría de derechos culmina, y a la vez engloba, todas las afirmaciones precedentes; ello conduce a la conclusión de que este apartado no debe ser considerado independientemente de los anteriores, sino en estrecha conexión con los mismos. De todos estos presupuestos creo que se deduce que la idea fuerza de todo intento de acercamiento filosófico al campo de los derechos humanos, debe partir de la posibilidad y la necesidad de justificar y fundamentar los derechos del hombre, ni absoluta ni definitivamente, pero sí de un modo racional y social. La primera parte de este comentario analizará esta problemática; mientras que la segunda se acercará al despliegue de todo un conjunto de teorías radicalmente actuales que sirven de pórtico crítico y límite de un esquema o marco fundamentador que sea operativo en nuestro momento histórico; momento en el que hay que ser conscientes del *impasse* adonde conduce el escepticismo contemporáneo, tan espléndidamente plasmado por el austríaco Thomas Bernhard en un momento de su autobiografía (*Die Keller*) al afirmar que «no hay valores altos y más altos y altísimos, todo eso se ha acabado».

## 1. Necesidad actual de la fundamentación

El negar virtualidad a la actividad fundamentadora se ha convertido en un tópico actual. Esta idea se ha ido extendiendo en una época donde los planteamientos a largo plazo son considerados, de un modo general, peyorativamente. Desde muchas parcelas de la cultura contemporánea se ha venido cuestionando tal actividad enfocando el problema siempre de un modo comparativo con las experiencias fundamentalistas y ontologicistas que dominaron la escena filosófica de los siglos XIX y XX.

Son muy conocidos los presupuestos críticos de Norberto Bobbio para quien, desde una posición realista, hay que alejarse de esas pretensiones fundamentadoras, para acercarse a la praxis garantista que, de una vez por

todas, proyecte sobre los derechos humanos una dimensión virtual y eficaz (11). En el plano del ensayo literario también se han dado ejemplos de rechazo; valga el ejemplo manifestado por Elías Canetti, el cual en su importante obra *Masa y Poder*, habla de la «manía fundamentadora» que envuelve la filosofía contemporánea. Para Canetti «el fundamento se hace pasión que se ejercita en todo» (12), por lo que la causalidad se reconduce, tal y como afirmaba el pensamiento ilustrado a causas absolutas e inmutables (13).

Tanto para Bobbio como para Canetti, partiendo como se sabe de presupuestos e inquietudes diferentes, la actividad de fundamentación es algo desprestigiado, inútil y muchas veces encubridora de realidades. Sin embargo, me parece que, tanto uno como otro, dejan el camino tal y como lo encontraron, ya que la cuestión no reside en hipostasiar una tendencia filosófica como si ésta fuera la única vía que podría tomarse, sino en reflexionar sobre la posibilidad de salida del callejón filosófico en que nos han introducido tanto el idealismo especulativo hegeliano como el ontologismo fundamentalista encabezado en el siglo xx por Heidegger. No sólo hay posibilidad de fundamentar el conjunto de valores jurídicos y sociales, sino que hay una necesidad objetiva de realizar esta tarea si queremos enfrentarnos a los problemas que esos valores y derechos nos presentan en la actualidad y nos van a presentar en el futuro incierto que se nos depara.

Ya David Hume, en su *Tratado de la naturaleza humana*, estableció las pautas metodológicas para una negación desde el plano del deber ser, de las fundamentaciones que, partiendo del ser, quisieran incidir normativamente, en un momento posterior, en sus mismos orígenes y presupuestos (14). La dicotomía ser-deber ser ha ido adquiriendo con el tiempo diferentes matices y significados, pero se ha mantenido hasta nuestros días de la mano de diferentes actitudes y planteamientos filosóficos. Sin embargo, y por acudir a clásicos, el mismo David Hume páginas más adelante de su obra nos dice que «sería imposible hacer uso siquiera del lenguaje, o comunicarnos nues-

---

(11) NORBERTO BOBBIO, «L'illusion du fondement absolu», recogido en el volumen colectivo *Les fondements des droits de l'homme*, La Nuova Italia, Florencia, *passim*.

(12) ELÍAS CANETTI, *Masa y Poder*, trad. del alemán por Horst Vogel, Muchnik Editores, Barcelona, 1981, pág. 449.

(13) Véase el ensayo de AGNES HELLER, «Ilustración contra fundamentalismo: el caso Lessing», en la recopilación de ensayos recientemente publicada en España *Crítica de la Ilustración*, trad. del alemán de Gustau Muñoz y José Ignacio López Soria, Península, Barcelona, 1984, págs. 6 y sigs.

(14) DAVID HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, trad., introd. y notas de Félix Duque, Ed. Orbis, 1984, tomo III, págs. 689-690.

tros sentimientos unos a otros, si no corrigiéramos las apariencias momentáneas de las cosas y no viésemos más allá de nuestra situación presente» (15); actividad correctora y visión del futuro que, si no se quiere caer en el plano de lo irracional, debe ser consciente de cuáles son sus presupuestos y cuáles sus fines mediatos e inmediatos. El tema no radica en ver la inconsistencia de la obra de Hume, sino en tomar conciencia de esa necesidad de afrontar, de un modo constante y susceptible en todo momento de corrección en función de los fines más lejanos, la tarea más importante con que se encuentra hoy el pensamiento filosófico y jurídico. Conjunto de fines entre los que destaca el de profundización en el concepto actual de democracia en el que, cuando menos, sobresale la capacidad autocorrectora de sus propias decisiones en función del conjunto de fines sociales y jurídicos.

## 2. *Demarcación teórica y propuesta fundamentadora*

Partiendo de esta toma de posición favorable frente a la tarea de fundamentación, es como se va a exponer críticamente el contenido del resto del capítulo tercero. En él destacan dos temas que, a su vez, se engloban en una problemática más general; por un lado, el analizar las diferentes posiciones que, de un modo u otro, se han dedicado a esta función, y, por otro, el ofrecer un adecuado esquema fundamentador de la categoría de los derechos humanos. Estos temas los abordaré reducida y descriptivamente, de tal modo que las exigencias de una exposición clara y concisa no queden desvirtuadas; mientras que se abundará con mayor ahínco en esa problemática envolvente que constituye el ámbito contemporáneo del Derecho natural.

### a) *Demarcación*

Eugenio Trías ha afirmado que una filosofía se caracteriza principalmente por el espacio de sombra que proyecta, es decir, por lo que relega al campo del no-saber. Trías da por supuesto que el marco fundamental de la filosofía siempre ha sido el mismo: «la demarcación», los que han variado han sido los contenidos y las posiciones (16). En esta línea el profesor Pérez Luño va proyectando su espacio de sombra sobre un conjunto de teorías que, aunque no puedan ser relegadas de un plumazo al campo del no-saber, si pueden ser criticadas tanto en sus presupuestos científicos como ideológicos.

(15) DAVID HUME, *op. cit.*, tomo III, pág. 830.

(16) EUGENIO TRIAS, *La Filosofía y su sombra*, Seix Barral, Barcelona, 1983, página 48.

Tanto el «realismo» (Bobbio), como el positivismo «no cognoscitvista» en sus diferentes versiones (relativismo de Max Weber o Hans Kelsen; emotivismo de Rudolf Carnap, Alfred Julius Ayer, Charles L. Stevenson, retomado en el análisis jurídico por el realismo jurídico escandinavo), conforman el conjunto de teorías que niegan la virtualidad de la fundamentación, bien sea por la creencia de que dichas proposiciones morales y juicio de valor ya se encuentran fundados socialmente, bien por la imposibilidad de extender sobre ellos la actividad de la razón al considerárseles como meros productos del sentimiento humano. Dentro del no-cognoscitvismo se han dado posiciones que han abierto brecha en favor de la racionalidad de las proposiciones morales, es el caso del segundo Wittgenstein y de los desarrollos de Richard M. Hare y Stephen E. Toulmin, autor éste que en su obra *El puesto de la razón en la ética* (17), ofrece un marco fundamentador de indudable alcance.

El análisis del «objetivismo» es rastreado en sus dos corrientes principales: la «ética material de los valores» representada por Marx Scheller y Nicolai Hartmann en el plano filosófico y por H. Coing y H. Reiner en el jurídico, y el «objetivismo ontológico cristiano» que, anclado en la tradición aristotélico-tomista, pretende una recuperación del nexo ser-deber ser acudiendo a una serie de valores ideales y trascendentes. La toma de posición crítica asumida por el autor de *DHEC* en relación a esta posición objetivista en su conjunto, se extiende también a la doctrina española que se ha acogido a una u otra versión del mismo, así se toman en cuenta las aportaciones de José María Rodríguez Paniagua, Enrique Luño Peña y Antonio Fernández Galiano, respectivamente.

Por último son cuestionadas las teorías que han intentado establecer una analogía entre los principios económicos propios del neoliberalismo y los principios jurídicos fundamentales, conduciéndoles a una posición que, aun cuando no rechaza la cientificidad de éstos, recae en un «subjetivismo» axiológico marcadamente hipostasiador. Un análisis detallado de estas posiciones nos llevaría demasiado lejos de los objetivos señalados para este comentario, por lo que lo limitaré a señalar la desconfianza que inspiran en el autor esos intentos de proyectar sobre la fundamentación de los derechos humanos los criterios de una teoría del precio (pág. 155) y la diferenciación realizada entre las teorías que se apegan a una concepción liberal y progresista de la democracia actual (Karl Popper, John Rawls, Ronald Dworkin), y las que pretenden una vuelta a posiciones más radicales y atomistas de la

---

(17) STEPHN E. TOULMIN, *El puesto de la razón en la ética*, trad. cast. de I. F. Ariza, Alianza Universidad, Madrid, 1979, págs. 122 y sigs., y 209 y sigs.

naturaleza de la sociedad humana (por ejemplo, Nozick y Dahrendorf, del cual no puede trazarse un paralelismo absoluto con los planteamientos marcadamente individualistas y regresivos de Nozick, pero que en el aspecto de los *positional goods* parece que hace una concesión a dichos presupuestos).

b) *Esquema fundamentador*

Como conclusión de lo anterior se entresaca la necesidad de salir del estrecho marco ofrecido por estas teorías y buscar el esquema teórico adecuado que nos permita ofrecer un planteamiento actual y progresista. Esa tradición crítica en la que colocábamos páginas atrás al pensamiento del profesor Pérez Luño, revierte ahora en esta temática tan compleja señalando un marco fundamentador de indudable alcance y actualidad. La teoría consensual de la verdad mantenida por el último pensador de importancia de la Escuela de Frankfurt, Jürgen Habermas, en la que se critica la manipulación y el oscurecimiento de las relaciones comunicativas en la sociedad actual, viene delimitada por las pautas de una situación comunicativa ideal que ofrece criterios para enjuiciar situaciones reales determinadas. Teoría consensual que se apoya en los contenidos antropológicos, éticos y de teoría de las necesidades radicales de los discípulos de György Lukács unidos en el grupo denominado Escuela de Budapest. Tanto el planteamiento crítico, formal y trascendental de Habermas como el más material y preciso de Agnés Heller y sus compañeros de escuela, conforman ese marco fundamentador que el autor nos ofrece como una alternativa tanto a los intentos simplistas de acercamiento a los derechos humanos, como a los planteamientos no-cognocitivistas reductores de aquéllos a meras segregaciones renales o a simples puñetazos sobre la mesa. Como clarificación pienso que sería oportuno el apuntar aquí la falta de una adecuada señalización de cuáles sean las exigencias procedimentales que nos dan la medida de la verdad de un razonamiento o comunicación. Esta falta de precisión puede reconducir a la teoría habermasiana a la sustitución del principio formal kantiano, por otro de igual rango pero de diferente planteamiento, con lo que ello conllevaría de regreso tanto en el plano de la teoría como en el de la praxis concreta (18).

Este intento radicalmente contemporáneo de la fundamentación de los derechos humanos, viene enmarcado por el autor en la tradicional terminología del Derecho natural. Si es imposible una fundamentación, de cualquier tipo que sea, desde posiciones realistas y no cognocitivistas; si, como hemos visto, el objetivismo ontologista y el individualismo economicista tampoco

---

(18) VICTORIA CAMPS, *La imaginación ética*, Seix Barral, Barcelona, 1983, páginas 51 y sigs.

son satisfactorios para dar cuenta de una justificación racional y social de los valores jurídicos, residualmente nos quedamos con el único planteamiento bajo cuyos presupuestos cabe siquiera intentar tal tarea fundamentadora.

### 3. *Uso del término Derecho natural. El iusnaturalismo crítico*

Para el profesor Pérez Luño el único marco terminológico donde cabe plantearse una fundamentación adecuada es el marco ofrecido por el Derecho natural. Sin embargo, esta terminología no viene dada aproblemáticamente o de un modo dogmático; su empleo en esta obra tiene un sentido mucho más complejo y operativo. La problemática del Derecho natural la podemos rastrear, no de un modo exhaustivo, pero sí clarificador, en dos momentos de la producción del profesor Pérez Luño que confluyen en la obra que se comenta: por un lado, la monografía «El Derecho natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje» (19) y la obra *Lecciones de filosofía del Derecho* (20), y por otro, «Louis Lachance y la fundamentación de los derechos humanos» (21).

Theodor W. Adorno en la obra ya citada en estas páginas (22) y en colaboración con Max Horkheimer (23), se preocupó profundamente por la problemática de la terminología dentro de la evolución del pensamiento. Adorno afirmaba que la filosofía como tarea crítica no puede hacer nada, no puede funcionar si no maneja términos, y en estos términos se puede encontrar encerrada la continuidad del pensamiento, la unidad de los problemas, «... lo antiguo sobrevive en la figura de los conceptos que nos ha transmitido, más bien que en sus figuraciones, leyendas o contenidos doctrinales específicos» (24). Esto no quiere decir que en filosofía nos topemos siempre con una solución unívoca de los problemas en un sentido estrictamente lineal, sino que la «... filosofía resuelve ciertamente los problemas, pero al

---

(19) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, «El Derecho Natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», en AA.VV., *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Cortés Grau*, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, 1977, tomo II, págs. 187-206.

(20) A. E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla, 1982.

(21) A. E. PÉREZ LUÑO, «Louis Lachance y la fundamentación de los derechos humanos», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1981.

(22) THEODOR W. ADORNO, *Terminología filosófica*, op. cit., passim.

(23) MAX HORKHEIMER y THEODOR W. ADORNO, «Dialektik der Aufklärung», en TH. W. ADORNO, op. cit., Francfort, 1969, tomo II, págs. 116 y 117.

(24) THEODOR W. ADORNO, *Terminología filosófica*, op. cit., tomo I, pág. 47.

resolverlos los desplaza, los olvida y pone en su lugar otros, dentro de los cuales aparecen nuevamente los anteriores» (25). Esta problemática es retomada por el profesor Pérez Luño en su monografía «El Derecho natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», en donde tal categoría se considera como «... un término que a lo largo de su dilatada trayectoria histórica ha recibido una profusa variedad de significados» (26); la cuestión no radicaría, pues, en encontrar la esencia última de lo que se entiende por Derecho natural, «sino (en) precisar los significados de uso que históricamente se han otorgado al término...» (27).

Tanto en esta monografía que estudiamos (28), como en la obra posterior *Lecciones de Filosofía del Derecho* (29) es utilizado de un modo realmente operante el concepto metodológico zubiriano de «homología». Según este concepto hay que diferenciar entre el *significado* de un objeto; significado compuesto por los diferentes elementos, es decir, por su contenido; y el *sentido*, entendido como función. El significado vendría dado por los diferentes elementos constitutivos de cada estructura en cuestión y que van variando de un modo tanto sincrónico como diacrónico; y sentido, que vendría conformado como la dinámica relacional de dicha estructura, o lo que es lo mismo, por su finalidad, por sus objetivos analizados de un modo formal, sin referencia alguna a contenidos. Mientras más lejanos sean los objetivos; mientras más mediatos sean los fines, más nos acercaremos al verdadero sentido de una estructura y al más adecuado método de la racionalidad (30).

José L. Aranguren en su *Ética* parte de una diferenciación en la moral que viene a corroborar estos planteamientos expuestos. Para Aranguren hay que distinguir entre la «moral como estructura» y la «moral como contenido». Aquélla viene a demostrar la omnipresencia de la moral a lo largo de la historia de la civilización (31), conduciendo a la afirmación de que el hombre es inexorablemente moral en cuanto que es un continuo hacerse a

(25) *Ibidem*, *op. cit.*, tomo II, pág. 11.

(26) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, «El Derecho Natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», *op. cit.*, pág. 188.

(27) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *ob. cit.*, pág. 196.

(28) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *ob. cit.*, pág. 197.

(29) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de filosofía del Derecho*, *op. cit.*, páginas 61 y 62.

(30) JESÚS MOSTERÍN, *Racionalidad y acción humana*, Alianza Universidad, Madrid, 1978, págs. 52 y sigs.

(31) JOSÉ LUIS ARANGUREN, *Ética*, Alianza Universidad, Madrid, 1981, pág. 16; véase también el ensayo de VLADIMIR JANKELEVITCH, *La paradoja de la moral*, trad. cast. de Nuria Pérez de Lara, Tusquets, Edts., Barcelona, 1983, pág. 18.

sí mismo. La moral como contenido, se constituiría por los diferentes códigos o conjunto de normas rectoras de la conducta de cada época y civilización. La primera permanece; la segunda cambia constantemente a lo largo de la evolución social (32). Esta idea aparece en el volumen *DHEC* afirmando el sentido de la idea de Derecho natural (pág. 16) y en la definición de la categoría de los derechos humanos (pág. 48).

De todos es sabido que la reflexión jurídica aparece cuando diferenciándose entre *physis* y *nomos*, surge la cuestión del por qué hay que obedecer las leyes. A lo largo de la historia se han dado múltiples respuestas a una misma pregunta, con lo que se han ofrecido múltiples contenidos significativos al mismo sentido, que se puede concretar en la necesidad de fundamentar, legitimar y criticar el orden práctico dominante. Esta crítica y esta legitimación han sido diferentes según los momentos históricos específicos, pero si nos atenemos a esa definición dada en el texto sobre los derechos humanos, y la completamos con el concepto de homología, esa «tendencia se nos presenta, en el nivel iusfilosófico, como la exigencia de valorar y dinamizar los valores jurídicos, en vista de una profundización de la participación de los individuos en todos los niveles, en una palabra, en una democratización de la sociedad en aras de la emancipación humana (páginas 166 y 266) (33).

El núcleo de la argumentación del profesor Pérez Luño descansa en la defensa de la terminología tradicional de Derecho natural, con la idea que, expresada en palabras de Richard Brandt, se dirige a «... conservar la expresión viva para afirmar algo que posiblemente pueda pretenderse con seriedad que es verdadero» (34).

Partiendo de estos presupuestos entresacados de obras anteriores y de la línea central argumentativa ofrecida en el ensayo «Louis Lachance y la fundamentación de los derechos humanos», el autor realiza, en este capítulo tercero, una síntesis de toda la problemática, ofreciendo un esquema de fundamentación, cuyas líneas más generales ya han sido expuestas, sin salirse del marco terminológico del Derecho natural. Sólo desde una posición iusnaturalista se pueden fundamentar los derechos humanos; y ese marco viene definido y delimitado como el «conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defienden la

(32) Véase la obra de RICHARD BRANDT, *Teoría ética*, vers. esp. de Esperanza Guisán, Alianza Edit., Madrid, 1982, págs. 107 y sigs.

(33) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, «El Derecho Natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», *op. cit.*, pág. 198.

(34) RICHARD BRANDT, *Teoría ética*, *op. cit.*, pág. 511.

posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos» (pág. 137). Definición ésta que conecta con todo lo expuesto hasta el momento, y a la que sólo cabría objetar la introducción del término metaética entendido como el conjunto de teorías sobre la ética, cuando la significación del término viene presidida por la función de analizar lingüísticamente las diferentes proposiciones morales (35).

Este capítulo tercero dedicado a la fundamentación de los derechos humanos desde el marco terminológico del Derecho natural, entronca con las exigencias metodológicas actuales, ofreciendo el ámbito preciso no sólo para futuras investigaciones, sino para el certero entendimiento del análisis de los derechos humanos que se realiza en el resto del volumen. Será a partir del mismo de donde ha de nutrirse cualquier argumentación que intente afrontar de un modo científico el resto de aportaciones que conforman el conjunto del libro que pretendo comentar.

#### IV. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este capítulo se van a incluir en el estudio que realizo los dos capítulos dedicados a la interpretación; por un lado, aparece el capítulo sexto bajo el rótulo de la «Interpretación de la Constitución» (págs. 249 y sigs.) y el capítulo séptimo dedicado a «La interpretación de los derechos fundamentales» (págs. 284 y sigs.). El análisis de estos dos capítulos conlleva, desde el primer momento, una doble dificultad; dificultad que se resuelve desde el instante en que se realiza una lectura unitaria y coherente de la obra que comento.

La primera dificultad reside en la condensación en un espacio limitado de teorías y métodos que conforman en la actualidad el panorama dedicado a la tarea interpretadora. Desde mi punto de vista esta actividad tiene que ser entendida desde los presupuestos filosóficos, políticos e ideológicos que se encuentran en la base de esos intentos de entender la norma constitucional y su contenido fundamental de un modo actual. La segunda dificultad aparece desde el momento en que se hace evidente la necesidad de

---

(35) ALASDAIR MACINTRE, *Historia de la ética*, trad. cast. de R. J. Walton, Paidós, Barcelona, 1982, págs. 240-252. RICHARD BRANDT, *Teoría ética*, op. cit., pág. 23. JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, vol. III, voz «metaética». W. D. HUDSON, *La filosofía moral contemporánea*, vers. esp. de José Hierro S. Pescador, Alianza Editorial, Madrid, 1974, pág. 27.

interrelacionar el capítulo dedicado a la interpretación de la norma constitucional en sus aspectos metodológicos más generales, con el capítulo en que se plantea, tanto una exposición de las diferentes teorías interpretadoras de los derechos fundamentales, como un nuevo enfoque de acercamiento a esa categoría de derechos que, si bien subvirtieron los parámetros ideológicos y teológicos del Estado liberal de Derecho, apuntan en un tercer momento a una superación del mismo Estado social con las miras puestas en la profundización de las categorías que constituyen el Estado social y democrático de Derecho.

Soslayar tanto una dificultad como la otra, exige una visión general de los capítulos, así como obviar una exposición detallada y continua de los diferentes párrafos que los componen. En esa visión general dos son las pautas que conectan las diferentes temáticas que se exponen a lo largo de las páginas dedicadas a la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales.

En primer lugar nos encontramos con un rechazo frontal de las posiciones iusprivatistas de interpretación de la Constitución, relegándolas a meros postulados epistemológicos apegados a la concepción liberal del Estado de Derecho. Ese rechazo del iusprivatismo metodológico en el plano de la interpretación de la norma fundamental es claramente expresado en las primeras páginas del capítulo sexto (págs. 249-253), donde, partiendo de un acercamiento filosófico a la tarea interpretadora, se realiza una crítica expresa, tanto a los presupuestos que niegan una interpretación jurídica de la Constitución (véanse las obras de Lasalle y M. Losano), como a las posiciones positivistas y dogmáticas que pretenden reducir la actividad interpretadora a la mera subsunción lógica y formal. Esta misma idea es expresada con el mismo vigor y claridad en las primeras páginas del capítulo séptimo (páginas 284-286), reconociendo el papel que cumple la aparición de los derechos fundamentales, expresados en multitud de ocasiones como valores o principios, a la hora de desechar una interpretación restringida de los valores jurídicos del ordenamiento. Los derechos fundamentales requieren un nuevo planteamiento interpretativo y, a la vez, una mayor participación del intérprete en la elaboración y desarrollo de su *status*. Esa peculiaridad de los derechos fundamentales, obliga al profesor Pérez Luño a ofrecer una línea actual de interpretación de las normas jurídicas en general que subvierta esa interpretación formalista, dando pie a un acercamiento hermenéutico a la norma constitucional desde premisas ciertas y actuales.

Le segunda pauta general reside en la idea, repetida en multitud de ocasiones a lo largo de los dos capítulos (págs. 282-283, 286, 296, 309, 315), y advertida ya en el prólogo a la obra (pág. 15), de la necesidad de una fun-

damentación previa, de una justificación general de los derechos humanos, que sirva como criterio teórico para el desarrollo posterior de una interpretación normativa en cualquiera de sus aspectos. Los postulados de una fundamentación intersubjetivista basada en el consenso general sobre los valores que tiene su contenido antropológico en el conjunto de necesidades de la población y, en última instancia, en las necesidades radicales como exigencias y preferencias más actuales y generalizables, conforman el núcleo de ese iusnaturalismo crítico que nos sirve de parámetro para enjuiciar la falta de consistencia de otras teorías, y como modelo para la construcción de una teoría interpretadora democrática y emancipadora de formalismos encubridores. Teniendo en cuenta estos dos momentos metodológicos es como se puede clarificar radicalmente la idea fuerza que preside el desarrollo de estos dos capítulos de la obra *DHEC*; será partiendo de ellos como desarrollaré, por supuesto no de un modo exhaustivo, los principales problemas que se encierran en este lugar de la investigación.

Utilizar en el lenguaje el vocablo «interpretar» implica la exigencia de explicitar el sentido de una cosa. Para Ferrater Mora el sentido es un concepto límite, un polo ontológico que se contrapone al más formal del ser; podemos encontrar el sentido en los hechos más nimios e insignificantes incidiendo, de un modo dinámico, en el campo más estático del ser (36). El mismo Niklas Luhmann afirma, partiendo de un fuerte pesimismo antropológico, que «el hombre vive en un mundo constituido en mundo dotado de sentido», experiencias y acciones que quedan contrapuestas a las exiguas capacidades frente a lo estático del ser, del hombre individual, el cual aporta «solamente una capacidad bastante limitada de percibir actual y conscientemente, de elaborar informaciones y de obrar» (37). Para el profesor Pérez Luño, interpretar radica en la atribución de sentidos (38) a manifestaciones diversas del lenguaje; con lo que interpretar se configura como un proceso cuyo resultado consiste en la plasmación de un sentido no absoluto ni cerrado a una determinada parcela de nuestra existencia.

---

(36) JOSÉ FERRATER MORA, *De la materia a la razón*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, pág. 153.

(37) NIKLAS LUHMANN, *Sociología del derecho*, trad. italiana de A. Febbrajo, Laterza, Roma-Bari, pág. 40.

(38) Me parece que en esta parte la obra que comento (págs. 254 y sigs.), el uso indistinto que el autor realiza entre los términos «significado» y «sentido», aunque válido en el plano lingüístico, puede conducir a confusión debido a la importancia que se le otorga a su diferenciación a la hora de definir el marco de aplicación actual del Derecho Natural. Por ello en el desarrollo de la exposición he utilizado el término «sentido» unívocamente, aun cuando soy consciente de que la traducción precisa hubiera sido la de «significante».

Bajo estos puntos de vista, las normas jurídicas deben ser consideradas distinguiendo entre la «norma dato» y la «norma resultado», que es donde la actividad del intérprete ha provocado el decantamiento de aquel enunciado formal, por uno de los múltiples sentidos que se ofrecen en su actividad. Interpretar es, pues, una forma de razonamiento práctico puesta en acción por el intérprete y determinada por sus diferentes opciones y valoraciones en vista de la consecución de los objetivos que, implícita o explícitamente (como ocurre en la norma constitucional), se contienen en la norma.

Esta idea de la interpretación normativa como un proceso, se corresponde con los presupuestos contenidos en la obra de Konrad Hesse *Escritos de Derecho constitucional* (39). En esta obra, el jurista y magistrado alemán, afirma la fuerza normativa de la Constitución como tensión entre los planos estáticos (ser) y dinámico (deber ser) de la realidad constitucional y, se expone claramente, dentro de lo que él llama «voluntad de Constitución», la necesidad de una constante legitimación de ese orden normativo, considerado como necesario y objetivo (40). Esa constante legitimación apoya la multiplicidad de sentidos de que puede ser objeto la norma constitucional y apunta a la actividad del intérprete como una faceta importante y activa a la hora de concretar el ámbito normativo de las normas fundamentales (41) como manifestaciones de las diferentes «formas de vida» que se desarrollan en la sociedad. La interpretación de la Constitución debe huir, pues, de la pura subsunción lógica y de la caracterización de las normas como compartimentos estancos y cerrados, en aras de una interpretación abierta, contextualizada y sistemática de las normas jurídicas.

Esta concepción de la interpretación, unida a una hermenéutica críticamente ilustrada (42), y a una estimación de los valores y fines que se per-

(39) KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

(40) KONRAD HESSE, *op. cit.*, págs. 27, 28 y 71.

(41) FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 2.<sup>a</sup> edc., 1976, págs. 117 y sigs., citado por ANTONIO E. PÉREZ LUÑO en la obra que se comenta, pág. 257. La estructura de la norma jurídica de Müller también ha sido utilizada por el profesor KONRAD HESSE en sus *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pág. 29. La utilización por parte del profesor Pérez Luño de esta estructura destaca al haber hecho coincidir el ámbito o sector normativo con la teoría del último Wittgenstein acerca de la estrecha relación entre los juegos lingüísticos y las formas de vida.

(42) A pesar de las críticas que por su trascendentalismo se le han lanzado a las teorías de Otto Apel y Jürgen Habermas (véase nota 18), la filosofía crítica ha encontrado en este último desarrollo un cauce de enorme virtualidad. La crítica realizada a la teoría de Gadamer, partiendo de ese nuevo giro dado a la hermenéutica, es un ejemplo notable (véase pág. 265 de la obra comentada y nota 70).

siguen con ella, conforman los parámetros que presiden el desarrollo del capítulo sexto, que no cabe plasmar en toda su complejidad por cuestiones de espacio, pero sí rastrear las concreciones de los principios generales expuestos.

Tanto la interpretación «de» la Constitución (págs. 268 y sigs.), como «desde» la Constitución (págs. 279 y sigs.), establecen un modo novedoso de acercamiento a la hermenéutica desde el plano estrictamente interno de las normas y de su expansión al resto del ordenamiento jurídico respectivamente. En la interpretación «de» la Constitución se toma partido por un método evolutivo y finalista que tenga en cuenta que la Constitución que el intérprete debe aplicar es la Constitución viviente (43); la cual debe ser integrada por una interpretación sistemática y consciente de los fines y metas establecidos en la norma fundamental. Este método debe actuar basándose en el principio de «unidad formal» o concordancia práctica en términos de Hesse; unidad formal que no debe caer en el excesivo impulso integrador de la teoría de Rudolf Smend criticado tanto por Hesse como por el propio Smend al reducir esa necesaria tensión entre los planos del ser y del deber ser (44). Unidad formal que debe completarse con los principios de funcionalidad y de eficacia de las normas constitucionales, cuidando de no desvirtuar el contenido de la Constitución; para este fin no es erróneo pensar que pueden ser de gran utilidad el uso progresivo y actual de los principios de la «fuerza normativa de la Constitución» y el del *in dubio pro libertate*.

La fuerza expansiva de la Constitución se fundamenta, asimismo, desde un plano formal y dogmático (interpretación conforme, pág. 279), como material, trasponiendo el postulado iusnaturalista de una *Grundnorm* que informaría el resto del ordenamiento que de ella se desgaja en sucesivos desarrollos, y a ella se remite a la hora de otorgarse nuevos sentidos compatibles con el texto fundamental (pág. 282).

Esa interpretación evolutiva, sistemática y finalista de la norma funda-

---

(43) Sin olvidar la crítica plenamente justificada que se le puede imputar a la teoría alternativa de Carlo Lavagna (y desarrollada en el texto de DHEC en pág. 275), parece que es la posición más sólida a la hora de esa necesaria adaptación de los derechos fundamentales a las necesidades y exigencias sociales; idea que está en el centro de la argumentación del profesor Pérez Luño en constante oposición a las posturas que puedan provocar una desconstitucionalización de los derechos fundamentales.

(44) RUDOLF SMEND, voz «Integrationslehre», en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, vol. V, pág. 301, cit., siguiendo la edición del año 1955 de la obra de SMEND, «Verfassung und Verfassungsrecht» de *Staatsrechtliche Abhandlungen*, pág. 188, por KONRAD HESSE en sus *Escritos de Derecho Constitucional*, cit., pág. 67n.

mental, repercute obviamente en la interpretación de los derechos fundamentales expresada en el capítulo séptimo de la obra comentada. Aparte los diferentes niveles e instrumentos de positivación (ya analizados extensamente en el estudio del capítulo segundo de la obra *DHEC*), la Constitución española consagra dos sistemas para expresar el contenido de los derechos fundamentales: por un lado el de cláusulas generales en la forma más precisa de *Valores* y *Principios* y, por otro, de carácter casuístico que se concreta en diferentes *Normas específicas* y analíticas. Partiendo del carácter normativo de todas ellas y de su eficacia *erga omnes*, la diferencia entre unos y otros la encuentra el autor en el diferente grado de concreción del supuesto al que ha de aplicarse y de la consecuencia jurídica resultante de su actuación.

Los valores se configuran como ideas directrices generales que fundamentan, orientan y critican, siendo el contexto histórico-espiritual tanto de la interpretación y desarrollo constitucional como de los derechos fundamentales (págs. 288 y 291). La heterogeneidad, tanto significativa como ontológica, de los *Principios*, tampoco facilita la labor de diferenciación con respecto a los valores. Aquéllos se constituyen, siguiendo el criterio apuntado, como desarrollo más preciso de éstos, y como normas de tercer grado en relación a las normas casuísticas o específicas; esta últimas contendrán una precisión mucho mayor en lo que concierne a los supuestos de aplicación y a las consecuencias jurídicas resultantes, pero no son diferenciables, como a primera vista pudiera concluirse, a un nivel formal de *sedes materiae*, ni a un nivel material de contenido debido a la citada falta de sistematicidad de nuestra Constitución a la hora de regular los derechos fundamentales.

Esos valores, principios y normas que componen la categoría de los derechos fundamentales, han sido observados desde el mismo punto de vista. Las diferentes corrientes que cruzan el pensamiento jurídico contemporáneo, se han caracterizado por dar una interpretación de las normas según sus respectivos parámetros científicos e ideológicos. El positivismo, la teoría del orden de valores, la teoría institucional y otras han impulsado de un modo o de otro el estudio formal de los derechos fundamentales. Destaca en la exposición-demarcación del profesor Pérez Luño la visión realista y crítica (págs. 297 y sigs.) de los méritos y desventajas de la *Werttheorie*, así como el análisis riguroso de las variantes del institucionalismo que se han dado bajo los rótulos de «institucional-funcionalismo» y «teoría multifuncional», cercanas a la sociología norteamericana y a los postulados del utilitarismo, respectivamente.

La institución de fines en la Constitución, su necesaria adaptación a las circunstancias históricas y sociales, y el consenso general e intersubjetivo de

los valores jurídicos llevado a su término en el inusnaturalismo crítico, constituyen las aportaciones del profesor Pérez Luño al elenco de teorías interpretadoras de los derechos fundamentales. Remitiéndose a diferentes sentencias de nuestro Tribunal Constitucional e, implícitamente, a parte de la doctrina iusfilosófica, parece que el autor afirma en las páginas 309-310, que ese consenso general se ha alcanzado con los textos de derechos humanos positivizados a nivel internacional; sin embargo, esta opinión es matizada por él mismo páginas adelante (pág. 312), en el sentido de considerar esas Declaraciones sólo como parámetros adicionales para precisar un concepto de difícil determinación. Creo que esta última posición es mucho más adecuada a ese intento de fundamentación intersubjetivista y racional de los valores, dada la necesidad de constante justificación de los mismos en una realidad social amenazada constantemente por los peligros de la reificación y el encubrimiento.

Estos peligros en la actualidad están cobrando un gran auge debido a la cada vez mayor separación existente entre la sociedad (ente portador de la soberanía) y el Estado como institución formal. Desde muchas posiciones comienza a cuestionarse la virtualidad del sistema democrático, en sus rasgos más generales, para la solución de problemas acuciantes. El riesgo que se hace constar aquí radica más en esa protesta callada y sin contenidos cercana al nihilismo irracionalista justificadora de las mayores atrocidades históricas, que a la necesaria actividad crítica que la sociedad puede y debe desarrollar. Para ello la Constitución, como norma jurídica fundamental que pretende «constituir» un modelo de sociedad, debe garantizar su efectividad, debe propiciar la participación del ciudadano (45) en todos los niveles de actuación y debe tender hacia una ampliación y profundización de las tendencias democráticas y emancipadoras que, a un nivel formal, vienen reconocidas.

La salvaguarda del «contenido esencial» de los derechos fundamentales como campo vedado a minorías legislativas; núcleo esencial estipulado tanto por especialistas en Derecho, como por la conciencia social (46) de un de-

---

(45) JOHN RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. cast. de María Dolores González, F. C. E., México, 1978, págs. 255 y sigs. Aun cuando no comparta plenamente los fundamentos dualistas y, en muchas ocasiones, psicologistas del problema de la participación en Rawls, me parece adecuado el énfasis con que asume tal necesidad en su argumentación, véase especialmente págs. 259 y 262.

(46) Véase a más de la STC de 8 de abril de 1981, en *BJC*, núm. 2, 1981, citada por el autor en pág. 311, la STC de 28 de julio de 1981, en *BJC*, núm. 6, 1981, pág. 421, en la que, analizando las diferentes instituciones que conforman el orden jurídico-político constitucional, establece que en aquellas instituciones consideradas como esen-

terminado momento histórico y social, constituye un primer y necesario paso en ese camino que apuntamos. El entendimiento de los derechos fundamentales en general como principios ordenadores de la vida social que intentan superar esa fractura entre sociedad e individuo justificadora de una ética dualista e hipócrita, puede ser posibilitado por un acercamiento de tales derechos a los ciudadanos a través de la *Drittwirkung der Grundrechte*. El principio del *favor libertatis*, como superador del más ambiguo *in dubio pro libertate*, y reconocido por la Constitución en los artículos 10.1 y 9.2, y por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, se hace cada vez más urgente, no sólo ante violaciones por parte del Estado, sino ante la actividad de empresas transnacionales y múltiples centros privados ostentadores de un enorme poder y que escapan, con mucho, al control para la necesaria salvaguarda de los derechos del hombre en el mundo contemporáneo. Estos tres problemas reseñados (págs. 310 y sigs.) exigen para su efectiva realización, la profundización en esa nueva categoría política que va surgiendo poco a poco en la doctrina jurídica y se va plasmando en las Constituciones actuales: el Estado social y democrático de Derecho.

Modelo de Estado que se define constantemente remitiendo a la doble dimensión propia de la categoría de los derechos fundamentales, los cuales aparecen en primer lugar en una faceta objetivo-axiológica que va conformándose como un «conjunto de valores básicos que representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes» (47); y, en un segundo momento, en una faceta subjetiva, es decir, como «el estatuto jurídico de los ciudadanos en sus relaciones con el poder público y entre sí» (48). Todo ello en función de contemplar dicho modelo de Estado como garantizador de la continuidad objetiva entre dichas dimensiones, que conducen a un acercamiento entre las libertades públicas individuales, como patrocinadoras de la libertad del ciudadano, y de los derechos sociales, que vienen definidos principalmente por la igualdad no sólo formal, sino integral y material, sustanciada jurídicamente por el juego interactivo de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución española de 1978 (49). Dicha continuidad viene resaltada en el modelo de sociedad y de Estado que configura nuestra

---

ciales, el legislador debe respetar ineludiblemente su núcleo esencial que las caracteriza; núcleo que viene caracterizado como «la imagen que de la (institución) tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar».

(47) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 21.

(48) ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, op. cit., pág. 22.

(49) ANGEL GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 56 y sigs.

Constitución, desde el momento que aparece como un valor fundamental de todo el ordenamiento jurídico, incluida la norma constitucional, el libre y total desarrollo de la personalidad, el cual requiere una visión comprehensiva de todos los momentos particulares que interaccionan en el *ethos* social, por parte, no sólo de los órganos de decisión y legislación, sino también de los individuos y grupos, que deben estar atentos a todo intento que, por acción u omisión, desvirtúan el contenido y el sentido de su norma fundamental.

## V. CONSIDERACIONES CRITICAS

Parece claro, después del análisis efectuado, que la tarea interpretadora de los derechos fundamentales y la fundamentación de los derechos humanos, son actividades que necesitan implementarse ineludiblemente para conseguir la máxima efectividad en sus desarrollos. Esta exigencia se cumple plenamente en la obra *DHEC*, en cuanto que ambos problemas han sido afrontados de cerca y en un espacio temporal tan cercano que sus planteamientos se apoyan mutuamente, lo que enriquece enormemente sus conclusiones y aporta esquemas operativos de indudable interés. Sin embargo, esta contigüidad temporal en la investigación no aparece tan nítida en relación a las demás partes de la obra; en muchas ocasiones el hilo conductor que subyace a los planteamientos expuestos, parece quebrarse en múltiples astillas de difícil recomposición teórica. Este problema surge sobre todo en dos momentos de los temas que he intentado analizar en las páginas anteriores, y en otros aspectos plasmados en la investigación de diferentes derechos fundamentales en los que el análisis preciso y específico de los mismos adolece, en algunas ocasiones, de la falta de una construcción previa de los presupuestos fundamentales que lo condicionan y predeterminan en un sentido coherente y sistemático.

Los dos momentos que, digo, adolecen de esa falta de contigüidad que ofrecería un hilo conductor temporal para el conjunto de la obra que estudio, serían, por un lado, el capítulo dedicado a la conceptualización y, por otro, el que desarrolla el proceso de positivación de la categoría de derechos objeto de la investigación. En la conceptualización de los derechos humanos, el mismo autor es consciente de la necesidad de delimitación con respecto a otros términos con que a veces se les confunde; sin embargo, no queda claramente definida la diferencia entre la categoría de los derechos humanos y la de los derechos fundamentales, tan importante para una proyección de la interpretación sistemática y evolutiva de la Constitución sobre los valores

jurídicos, lo que conduce a que a lo largo del libro se usen uno y otro término sin la adecuada diferenciación. Como todo cuerpo teórico, la obra de un pensador no puede ser entendida sólo a un nivel sincrónico, en cuanto que ello repercutiría en que el pensamiento actual no se reconocería en el del pasado, por lo que en una mirada comprensiva a la obra del profesor Pérez Luño, vemos como esa dificultad ha sido soslayada tras la publicación de su última obra *Los derechos fundamentales*, en la que se ha planteado una opción precisa y clara sobre tal dicotomía terminológica, pero ya con las miras puestas en sus sucesivos desarrollos teóricos en el campo de la fundamentación y de la interpretación de la Constitución (págs. 43 y sigs.). En relación al capítulo dedicado a la positivación, solamente decir que aparece como una caja de resonancia en la que surgen, a veces tímidamente, y en otros momentos con una claridad precisa, muchos de los problemas que con el tiempo se irán asentando en sus respectivos marcos funcionales. Pienso que una lectura atenta de este capítulo debería plantearse, como ya afirmé en páginas anteriores, una labor crítico-histórica que, evitando anacronismos infructuosos, se enfrente a la evolución conceptual sin obviar los diferentes momentos y circunstancias, teóricas y sociales, desde donde los esquemas generales han ido fructificando y variando su sentido tradicional; me refiero, concretamente, a la extensión problemática del paradigma iusnaturalista a todas las etapas de positivación ya analizada en su lugar correspondiente y al que me remito sin más comentarios.

En esta reconsideración final de la obra que ha servido de cauce para este análisis sobre la fundamentación y la interpretación de los valores jurídicos, no pueden faltar algunas precisiones acerca de los contenidos expresados tanto para un tema como para otro. Por preocupaciones personales de investigación, el capítulo de la fundamentación se me presenta como prioritario al análisis interpretativo, pero no por ello pueden desgajarse el uno del otro en cuanto que, como digo, van radicalmente unidos en una interacción dialéctica constante (50). En la obra *DHEC*, tanto uno como otro

---

(50) Ejemplo de ello puede encontrarse en la reciente publicación de ENRIQUE ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, prólogo de Francisco Rubio Llorente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 255 y sigs., y 277 y siguientes. Es preciso destacar en este punto como esa implementación entre interpretación y fundamentación necesita de una investigación filosófica que extienda una visión de conjunto acerca de los orígenes y principios de las teorías aplicables al estudio de la jurisprudencia constitucional, ya que problemas claves para la misma como son el del uso terminológico del Derecho Natural, o el de una teoría axiológica que ya no rechaza el planteamiento ontológico sino que lo integra en sus presupuestos, son nodales a la hora de entender qué se entiende cuando se habla de *valor* o cuando se usa el término de *objetividad*. Pienso que analizar la «jurisprudencia de los valores» sin

campo temático marcan la pauta para sucesivos desarrollos en una problemática en la que aún somos deudores del pensamiento extranjero, por lo que una exposición de las diferentes corrientes que se entrecruzan en el momento presente es de una utilidad práctica importante a la hora de abrir nuevas vías de investigación a dicho nivel. Es más, una exposición del conjunto teórico actual debe ir presidida tanto por ese afán explicativo como por una dirección que marque un sentido preciso a la descripción, si es que queremos extendernos al bosque y trascender las posiciones concretas que lo conforman. Cabría objetar al desarrollo de esta problemática en *DHEC* que ese constante flujo de teorías que se presentan al lector y al investigador pueden oscurecer la propuesta teórica del mismo autor, en cuanto que desde el momento en que se comparten muchos de los presupuestos que aparecen demarcados en el texto de la posición que al final se adopta, nos conducen a la constatación de que en ocasiones precisas (por ejemplo, en el análisis de Rawls, Habermas, Dworkin, Lavagna...) parece que hay un desvío del sentido de la obra superponiéndose elementos que necesitarían cuestionarse de un modo más preciso para observar la línea fronteriza entre el espacio de sombra relegado y la finalidad teórica perseguida.

En el terreno de la fundamentación la unidad fecunda entre el pensamiento frankfurtiano de Habermas y el de la Escuela de Budapest hubiera quedado aún más nítida de lo que aparece en el texto, si se hubiera profundizado críticamente en el neotranscendentalismo de Habermas y Apel, clarificando de un modo más material los criterios en que radica esa situación comunicativa ideal que constituiría el parámetro formal o procedimental a través del cual el conjunto de necesidades radicales pugnan por su reconocimiento como preferencias sociales generalizables en el ámbito del mundo contemporáneo; por otro lado, un análisis preciso acerca del conjunto de

---

estudiar detalladamente el pensamiento de Scheller o Hartmann y los desarrollos sucesivos que han cuestionado críticamente dichos presupuestos en aras de una teoría axiológica intersubjetiva basada materialmente en el conjunto de necesidades, entendidas como preferencias sociales generalizables, y de una conciencia clara de la situación deformada de comunicación entre los individuos entre sí, y entre éstos y el Estado, puede inducir a confusión a la hora de enfrentarse a esa exigencia teórica de acercarse a la actividad interpretadora partiendo de presupuestos filosóficos previos. Establecer un paralelismo entre el derecho natural ontologicista de la posguerra y las referencias al mismo término por parte de la doctrina e incluso de la justicia constitucional, implica ignorar los desarrollos que de dicho paradigma se han efectuado en las últimas décadas dentro de nuestro marco teórico y en el que el Derecho Natural se desgaja de la problemática del «ser» del derecho, para referirse concretamente a la cognoscibilidad y posibilidad de fundamentar racional e intersubjetivamente los valores que son reconocidos por el ordenamiento o que pugnan por serlo.

necesidades en general, y de las radicales en particular, ofrecería la pauta a partir de la cual ir superando el paradigma de la teoría de los valores y del emotivismo no-cognoscitivista. Quizá el móvil que impulsó al autor de *DHEC* no fuera el de realizar una fundamentación estricta, sino el de ofrecer un esquema operativo para la misma, con lo que sus objetivos, desde mi punto de vista, se han cumplido con rigurosa exactitud.

Por lo que respecta a la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales, el profesor Pérez Luño se enfrenta decididamente con la problemática de la adaptabilidad de los mismos a las cambiantes circunstancias sociales, relacionando instituciones que pueden servir para tal fin sin desconstitucionalizar ni practicar procedimientos traumatizantes de reforma; a estos procedimientos cabría añadirles el de la «mutación» o «mudanza» constitucional, consistente en el cambio «consensuado» de sentido de una norma constitucional sin variar formalmente su significado (51). Por otro lado un mayor apoyo de jurisprudencia constitucional para los temas que son estudiados hubiera potenciado el rigor de los mismos; jurisprudencia que debe ser extendida a la de otros países con una tradición de justicia constitucional amplísima tanto en los niveles temporales como materiales o de contenido (52).

Desde otro punto de vista, parece clara la tendencia que poco a poco va integrándose en nuestro cuerpo doctrinal (53) de relativizar la afirmación de que la Constitución es una norma jurídica, frase con la que se pretendía reforzar de una vez por todas en nuestra estructura social y jurídica el principio de constitucionalidad que viene reconocido en el artículo 9.1 de la Constitución de 1978. Y traigo este hecho a colación, debido a la necesidad de plantearse de un modo serio la incidencia de esa tendencia afirmada y la excesiva judicialización que nuestro ordenamiento constitucional va sufriendo desde la aparición del sistema de justicia constitucional como intérprete supremo de la Constitución; hechos que pueden incidir en la interpretación de la Constitución al verse reducida a meras funciones jurídicas y, en palabras de Dieter Grimm, «perder su función de apelación» y ver afectada su

---

(51) M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Rev. de Occidente, Madrid, 1950, pág. 137n; asimismo, K. LOEWESTEIN, *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 165n; asimismo véase P. CRUZ VILLALÓN, «Introducción» a K. HESSE, *Escritos de Derecho constitucional*, op. cit., pág. XXVI.

(52) Exposición de sentencias que se puede encontrar en E. ALONSO GARCÍA, op. cit., *passim*.

(53) A. NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, vol. I, núms. 100-102, págs. 377 y sigs.

«fuerza de integración» (54) del ordenamiento jurídico y social en su conjunto. Según este mismo autor, esta juridificación y judicialización de la Constitución sólo puede ser obviada en la medida en que «los jueces constitucionales muestren la mayor *reserva* en el ejercicio de sus funciones» (55), *self-restraint* que parece indicarnos la impotencia de la soberanía popular frente a dicha instancia jurisdiccional que ni tiene que justificarse democráticamente, ni tampoco está sometida a control alguno, por lo que, echando en falta una precisa teorización acerca de la función jurisdiccional, sólo una teoría sólida sobre la interpretación de la norma constitucional (56), puede ir rellenando esta laguna (57) que en otros países de una democracia más consolidada ya ha planteado serios problemas (58). Todo ello se complica cuando a las dos funciones clásicas de la justicia constitucional, se les añade el tipo de las «sentencias interpretativas», en donde el Tribunal Constitucional no se limita «a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, sino a excluir alguna de las interpretaciones posibles o a excluir todas ellas menos una, que es la que se declara conforme a la Constitución» (59); sentencias que amplían el ámbito de influencia de tal jurisprudencia desde las relaciones entre el poder judicial en su conjunto y el Tribunal Constitucional (60), hasta las relaciones de éste con

---

(54) DIETER GRIMM, «La Constitución como fuente del Derecho», en A. BARATTA, D. GRIMM, F. RUBIO LLORENTE y otros, *Las fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, 1983, pág. 23.

(55) DIETER GRIMM, *op. cit.*, pág. 25.

(56) Norma básica que requiere unos criterios específicos de interpretación ya que en palabras de PEDRO DE VEGA «... la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde estas premisas valorativas desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional», en el ensayo «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), núm. 7, enero-febrero 1979, pág. 95; y donde se afirma que hay que entender a la Constitución como «una vivencia colectiva, donde las contradicciones e incoherencias de la Constitución formal tienen una vía de solución por la existencia de una Constitución material», pág. 118.

(57) F. RUBIO LLORENTE, «Prólogo» a E. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pág. XXV.

(58) Criterios de interpretación que deben ser proyectados también sobre la labor del jurista en su elaboración doctrinal; en este sentido puede consultarse el ensayo de A. BARATTA, «La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del Derecho», en A. BARATTA y otros, *Las fuentes del Derecho*, *op. cit.*, págs. 41 y sigs., especialmente págs. 50 y sigs.

(59) J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 46.

(60) F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1983.

el mismo sistema de fuentes del derecho (61). Problemática que, a su vez, incide directamente en la interpretación constitucional en cuanto que ya no es la norma precisa la que resuelve una controversia sino una valoración judicial, lo que «incrementa el elemento político conectado a la jurisdicción constitucional» (62) y obliga a la teoría de la interpretación a profundizar en esta temática si se pretende ofrecer una atribución de sentido que, respetando el elemento formal de la norma, tienda a la concretización de una «norma resultado» entresacada de una visión institucional, sistemática y evolutiva de la norma básica del ordenamiento.

Creo, para terminar, que la obra *DHEC*, en sus aspectos de fundamentación e interpretación, proporciona el cauce adecuado para la construcción de una teoría general de los derechos humanos que abarque todas sus particularidades; la consecución de estos objetivos dará la medida de la posibilidad de la misma investigación acerca de este conjunto de derechos que, tanto el profesor Pérez Luño, como otros de nuestro ámbito doctrinal, se han planteado desde que se inició en nuestro país la andadura constitucional, con las miras puestas en la necesidad de que la filosofía del Derecho precise y cierre cada vez más el marco categorial al que aplicar sus presupuestos teóricos y metodológicos.

---

(61) J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, op. cit., págs. 47 y sigs.

(62) DIETER GRIMM, «La Constitución como fuente del Derecho», op. cit., pág. 24. En nuestro ámbito doctrinal también se ha planteado la pregunta de si el Tribunal Constitucional podría actuar de elemento acelerador o retardatario del proceso democrático en base a su condición de intérprete constitucional auténtico, véase por ejemplo G. TRUJILLO, «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 7, enero-febrero 1979, pág. 157. Sea como sea el carácter de la jurisdicción constitucional y el proceso de judicialización, el mismo nunca podrá ir contra la naturaleza de la Constitución como acto propio de la soberanía del pueblo español, lo que significa que aquella pregunta planteada al principio pudiera ser resuelta siempre y cuando se respeten las siguientes condiciones: 1.ª que todas las partes o aspectos de la Constitución obligan igualmente al intérprete; 2.ª que se opere sobre la base de una interpretación sistemática y evolutiva en la que se debe tender a conciliar los distintos principios a que dicha Constitución obedece en función de aquellas exigencias del contexto social acordes con el fin que la Constitución persigue, y 3.ª que, en ningún caso, la interpretación pueda ser tal que anule el carácter democrático y pluralista del orden político que la Constitución pretende alcanzar (condiciones expuestas en G. TRUJILLO, op. cit., pág. 158).