

# LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DOCTRINA DEL DERECHO SUBJETIVO

## *HUMAN RIGHTS AND SUBJECTIVE RIGHTS*

JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE  
*Universidad de Alcalá*

*A mi entrañable amigo el Prof. Dr. José María de Solas,  
siempre presente.  
In memoriam*

**Recibido:** 15/04/2015

**Aceptado:** 25/05/2015

**Resumen:** La vitalidad de que goza la doctrina del derecho subjetivo ha llevado a construir los derechos humanos como derechos subjetivos, lo que, a la postre, significa entregar la concreción de su contenido no ya al Legislador sino al Tribunal Constitucional. El autor, tras poner de manifiesto las limitaciones generales de la doctrina de los derechos subjetivos, así como las que se derivan de su aplicación a los derechos humanos, propone nuevas fórmulas jurídicas para proteger mejor los bienes que aquéllos amparan.

**Palabras claves:** derecho subjetivo; derecho humano; derecho y objeto; ideología y derechos humanos.

**Abstract:** *The verve which subjective rights enjoy has led to Human Rights being misconstrued as subjective rights, in such a way that their establishment and elaboration of their content/meaning is no longer a matter for the legislator but instead the Constitutional Court. The author, after highlighting the limitations of subjective rights, as well as how they derive their application from Human Rights, puts forward new legal means designed to protect the positive aims that they enshrine.*

**Keywords:** *subjective right; Human Right; right and objective; ideology and Human Rights.*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. EL DERECHO SUBJETIVO: 1.1 Breve noticia histórica. 1.2 Concepto y naturaleza. 1.3 Insuficiencia del instrumento derecho subjetivo. 2. LOS DERECHOS HUMANOS: 2.1 Insuficiencias derivadas de la técnica del derecho subjetivo. 2.2 Insuficiencias propias o derivadas de la dogmática de los derechos humanos. 3. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

Pretendo reflexionar sobre un hecho que juzgo lesivo para la protección de la persona, para el reconocimiento de su dignidad. Entiendo que por esas paradojas

de la Historia la conceptualización del derecho humano como derecho subjetivo ha perjudicado cabalmente tan elevados propósitos, y a la postre ha resultado inevitable una interferencia del Poder Público excesiva y nada respetuosa con la persona. Y es paradójico, como digo, porque en principio es común opinión que ninguna herramienta más adecuada para defender un interés personal que el reconocimiento de un derecho subjetivo en favor de la persona a la que se quiere amparar. De modo que no puede negarse la mejor intención en el acogimiento de la técnica del derecho subjetivo a la hora de caracterizar el derecho humano, en la seguridad de que así se aseguraba el mayor nivel defensivo al individuo. Y sin embargo, esta común opinión que probablemente pasa por verdad apodíctica, no me parece cierta.

El derecho subjetivo es un instrumento para la defensa de bienes, intereses o satisfacción de necesidades de la persona, pero como técnica jurídica tiene sus limitaciones y no significa en absoluto la quintaesencia de la protección del individuo, ni el único medio de obtenerla. Es un gran instrumento, pero ni el único ni omnipotente. Ahora bien, al ligarse doctrinalmente el derecho humano con la institución del derecho subjetivo ha incorporado exactamente sus mismas insuficiencias, a las que han de sumarse las propias de la doctrina de los derechos humanos. El incremento del número de derechos humanos en oleadas sucesivas, lo que se ha dado en llamar las sucesivas generaciones de aquéllos, no ha hecho sino acentuar la contradicción.

En lo que sigue trataré de justificar las anteriores afirmaciones. Para ello es menester exponer la doctrina del derecho subjetivo, destacando algunos aspectos que, a mi juicio, son fundamentales y en los que no se suele parar mientes, lo que ha provocado esa idea falsa de que el derecho subjetivo es el remedio infalible, insuperable y suficiente para proteger a la persona. En la segunda parte del trabajo, aplicaré la doctrina del derecho subjetivo a la de los derechos humanos y se pondrán de manifiesto las insuficiencias graves que se originan, más allá de las propias de la doctrina de los derechos humanos, que obedecen a otras causas.

## 1. EL DERECHO SUBJETIVO

### 1.1. Breve noticia histórica

No es fácil llegar a conclusiones seguras sobre el origen del derecho subjetivo. Parece que existe cierto acuerdo en vincular el nacimiento del concepto con el nominalismo del siglo XIV. Pero no falta quien ve en el Derecho Romano el embrión al menos del derecho subjetivo. Y no se duda ya de que su configuración definitiva se realiza por la Pandectística alemana. A continuación expondré un resumen de cuanto he podido alcanzar en relación con los antecedentes históricos del derecho subjetivo.

Como sugería, es claro que en Derecho Romano clásico se habla del *ius fundi*, del *ius altius tollendi* o del *ius testandi*, como facultades de hacer, pero parece que se aludía más a la posición justa del fundo, del edificio elevado o del

testamento, que al poder personal del sujeto. Ello era consecuencia del status o posición jurídica del sujeto. Y es que probablemente en la época clásica no se daba el contexto ideológico necesario para conceptualizar los poderes del individuo como verdaderos derechos, al menos no en los términos en que va construirse el derecho subjetivo a partir del siglo XIX<sup>1</sup>. En la época postclásica sí aparece ya con más intensidad la figura que estudiamos como poder personal, y ello porque al afirmarse el Derecho objetivo en forma de leyes imperiales, comienza a abrirse paso la noción de derecho subjetivo como facultad de acogerse a las leyes dictadas por el emperador.

A partir del siglo XII, los canonistas hablan del *ius in re* y del *ius ad rem*, refiriéndose a facultades personales del sujeto, pero la doctrina suele situar en siglo XIV el origen más seguro del derecho subjetivo, con ocasión de la conocida polémica en la Orden Franciscana sobre el alcance de la pobreza, como compromiso de los monjes. Resulta que para unos, los religiosos podían usar bienes, pero sin ostentar derecho alguno sobre ellos, mientras que otros sostenían que un uso sin derecho sería ilícito, aparte de que las cosas consumibles no pueden usarse sin aniquilarse lo que arguye la existencia de derecho. G. de OCCAM, en la disputa con el papa JUAN XXII, elabora su concepto de derecho subjetivo: “*poder lícito -de obrar, usar, disponer, dispensar, ordenar, etc.- del que nadie debe ser privado contra su voluntad si no existe culpa o causa razonable, con facultad, si lo fuese injustamente, de defenderlo y vindicarlo*”. No deja de ser curioso que el más conspicuo representante del nominalismo elabore un concepto de derecho subjetivo, cabalmente para justificar su renuncia. Es decir, OCCAM era de los adalides de los franciscanos espirituales que defendían el uso de lo necesario pero sin ostentar derecho sobre lo que usaban, y para defender su doctrina frente al Papado, separa ontológicamente cosa y derecho: se puede usar la cosa pero sin derecho sobre ella, que es la postura del franciscano. Pero para la tradición clásica, según hemos indicado, derecho era la posición justa, la cosa justa: si el uso de la cosa era justo, necesariamente también eso era uso del derecho<sup>2</sup>.

Pero posiblemente es el ambiente filosófico del renacimiento -seguido del racionalismo- el que pone los fundamentos para que se extienda en la filosofía y en la ciencia jurídica el concepto subjetivo de derecho. En efecto, al poner al hombre como individuo en el centro del pensamiento, necesariamente habría de

---

<sup>1</sup> Pueden consultarse en este sentido: A. D’ORS, “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius”, en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980. M. VILLEY en “*Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*”. Chile, 1976. F. DE CASTRO: “*Derecho Civil de España*”, Madrid, 1984. R. DOMINGO: “*Auctoritas*”. Barcelona, 1999.

<sup>2</sup> E. A. GALLEGO ha dedicado una monografía valiosa a la mutación indicada del concepto de derecho, desde una noción objetiva a otra subjetiva: “*la idea de un derecho subjetivo implica que la materia del derecho ya no es la cosa exterior sino una realidad o cualidad personal, algo inherente a ésta....*” “*...el derecho desde una perspectiva subjetiva radica, está, en la persona, en tanto que para la tradición jurídica clásica está en la cosa, aunque correspondiendo naturalmente a una persona*”. “*Tradición jurídica y derecho subjetivo*”. Madrid, 1999, pág.53.

destacarse su poder sobre las cosas, confirmando la noción de derecho subjetivo como *facultas seu potestas* que venía del nominalismo. Es un concepto que ya no va a abandonarse. La misma escolástica española del siglo XVI afirma: *ius est potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis*. Y junto a este concepto de derecho subjetivo, en sentido objetivo, *ius* vale como *lex*<sup>3</sup>. GALLEGO reconoce que el enorme prestigio de SUÁREZ impone esa noción de derecho subjetivo, que el jesuita define como *facultas quaedam moralis quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debitam*. Sólo DOMINGO DE SOTO, en opinión del profesor GALLEGO se mantiene fiel a la tradición objetiva del derecho<sup>4</sup>.

Y llegamos a la construcción pandectista del derecho subjetivo, en el siglo XIX. Sin perjuicio de los precedentes indicados, se acepta comúnmente que la construcción dogmática del derecho subjetivo se alcanza en el pandectismo alemán del siglo XIX. En mi opinión, pueden distinguirse tres aportaciones doctrinales que confluyen en la caracterización plena del concepto que estudiamos. En primer lugar, la ya clásica del poder, que retoma SAVIGNY, como es notorio, al destacar el señorío de la voluntad como esencia del derecho subjetivo. La segunda idea que sirve a la construcción de la figura es la de reconocimiento legal. WINDSCHEID no deja de convenir con aquél en la idea de poder, pero mientras SAVIGNY atribuye a las normas jurídicas la tarea de trazar límites dentro de los que la voluntad puede moverse, WINDSCHEID hace del ordenamiento jurídico la fuente del derecho subjetivo. No puede negarse la importancia de esta segunda nota característica porque sin el reconocimiento legal del derecho subjetivo, éste resulta ineficaz<sup>5</sup>. Y el tercer elemento fundamental para la elaboración completa del concepto lo aporta IHERING, al llamar la atención sobre la idea de interés como sustancia del derecho subjetivo. En efecto, como expondré en seguida al tratar del concepto, esta última aportación es insustituible para explicar los límites del derecho subjetivo. Poder de la voluntad, interés jurídicamente protegido y reconocimiento legal son los tres elementos esenciales del derecho subjetivo<sup>6</sup>.

No tienen el menor interés -o si se prefiere lo tienen sólo histórico- las doctrinas negativas del derecho subjetivo que nacen del positivismo francés. A la postre, de simples teorías académicas pasaron a mayores porque si la persona no tiene derechos subjetivos es que todos los tiene el Estado, y sabemos bien cómo termina esta línea de pensamiento<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Puede consultarse el documentado libro de A. FOLGADO, “Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo”, San Lorenzo de El Escorial, 1960.

<sup>4</sup> E. GALLEGO, Tradición jurídica... cit. pág. 117.

<sup>5</sup> Vid. L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN: Sistema de Derecho Civil, I, Madrid, 1990, pág. 435.

<sup>6</sup> En F. DE CASTRO: cit. pág. 568, se encuentran las referencias de las obras de los autores alemanes citados.

<sup>7</sup> F. De Castro, Derecho Civil... pág. 573. Y completada con la definición que ofrece el autor en su *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1968, pág., 155-156,

## 1.2. Concepto y naturaleza

Por lo que queda expuesto, se comprenderá que en la definición de derecho subjetivo deben concurrir los tres elementos indicados. Siempre me ha parecido la mejor en la doctrina la que ofrece el Prof. DE CASTRO:

*“Cada situación de poder concreto respecto de una parcela de la realidad social, concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y su defensa”*<sup>8</sup>. En mi opinión, quizás no se destaca adecuadamente la nota del interés, por lo que acaso pudiera completarse y formularla del modo que sigue: *Cada situación de poder concreto respecto de una parcela de la realidad social, concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, para satisfacer un interés digno de amparo, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y su defensa*. Glosemos la definición.

Ante todo, el derecho subjetivo es un poder, un señorío de la voluntad. Atribuye al titular un ámbito de libre actuación: un haz de facultades, de posibilidades de actuación. Esa *potestas agendi* de que hablaron los clásicos. Y la máxima expresión de voluntad libre se manifiesta en que puede el sujeto renunciar a su ejercicio: a su arbitrio se confía su ejercicio y su defensa. No hay mayor libertad que la de renunciar a ella. Hoy no es fácil entender estas cosas, pero así es. En suma, es la gran aportación de SAVIGNY.

Pero me parece destacable que al concepto cabal de derecho subjetivo se ha llegado por acumulación de sucesivas aportaciones doctrinales. La fundamental queda reseñada, y es la de más raigambre histórica, como queda expuesto. La siguiente contribución es la del contemporáneo del anterior, WINDSCHEID. Este autor, sin apartarse de la noción de su colega, insiste en la segunda nota que parece esencial: la del reconocimiento jurídico-positivo. Es un poder, sí, pero reconocido, amparado por el Ordenamiento jurídico. Si así no fuera, ¿cómo podría ejercerse el derecho ante la negativa injusta a satisfacerlo por quien estuviera obligado a ello? Es menester contar con la fuerza del Estado para proteger los derechos subjetivos de los ciudadanos. DE CASTRO subraya esta idea al hablar de que ese poder es *concedido a la persona*. Aquí sin embargo hay que hacer algunas precisiones. El mejor iusnaturalismo se muestra reticente a la hora de reconocer esta nota en el concepto que nos ocupa. Viene a decir que entonces el Estado es la fuente de derechos e igual que los da, los quita. Temores y confusiones han nacido, a mi modo de ver, de no caer en la cuenta de que el derecho subjetivo se reconoce para satisfacer un interés o necesidad de la persona. Esto es lo que es natural. El derecho subjetivo, no: es siempre una cualidad que da la Ley; por tanto es siempre una creación del Ordenamiento. Otra cosa es que el Legislador pueda actuar caprichosamente en este punto. Enseguida volveremos sobre asunto tan importante.

---

<sup>8</sup> F. De Castro, *Derecho Civil...* pág. 573. Y completada con la definición que ofrece el autor en su Compendio de Derecho Civil, Madrid, 1968, pág., 155-156,

De lo dicho se sigue que la tercera aportación doctrinal, la de IHERING, resulta capital. Si no se entiende la vinculación entre poder e interés no es posible entender qué cosa sea el derecho subjetivo. Como indicaba, en la definición del gran jurista español acaso no se destaque adecuadamente, aunque pueda leerse entre líneas. Pienso que vale la pena expresarla sin ambages. Lo importante –por poner un ejemplo– en el hombre, lo natural en él, son las necesidades físicas o espirituales. Y luego vienen los instrumentos con que se satisfacen. El hombre precisa de modo permanente un lugar en que refugiarse y vivir: primero, sería una cueva, después una choza, luego una casa. Pero pronto sobre aquélla o éstas, el Poder constituido del grupo, tribu o colectividad vendría a reconocerle un poder de uso y disfrute permanente y exclusivo, que andando el tiempo se llamaría derecho de propiedad. Lo natural no es el derecho de propiedad, sino la necesidad de disponer libremente de una vivienda. Es claro que Robinson no tenía derechos subjetivos, pero sí necesidades de vivienda, vestido, etc. Luego el derecho es siempre algo que da el Poder, porque es una creación jurídica y además que ha de hacerse respetar, llegado el caso, y el Poder Público tiene el monopolio de la fuerza. El derecho subjetivo es pues el instrumento que el Estado pone en las manos de la persona para que subvenga a sus necesidades o satisfaga sus intereses. Así se explica que careciera de sentido, por ejemplo, reconocer un derecho a alguien sobre la superficie del planeta Saturno. El cabal entendimiento de esta correlación permite comprender la doctrina del abuso de derecho. Porque es llano que si el Estado reconoce un poder a una persona para que con él pueda satisfacer una necesidad, el límite en el ejercicio de ese poder concedido se determina por la satisfacción de la necesidad o interés: si el poder que despliega no va encaminado a satisfacer la necesidad es un poder abusivo. El propietario no tiene derecho de propiedad para quemar su vivienda por la sencilla razón de que el poder reconocido sobre ella tenía como finalidad proporcionar un cobijo al ocupante, y nada más. La nota característica del interés permite pues señalar con precisión los límites ontológicos del derecho subjetivo.

Es muy cierto que en ambientes no jurídicos se habla de derechos naturales en el sentido de derechos que nacen con el hombre. Y se hace con la mejor intención de resaltar lo que es obvio: la dignidad de la persona. Pero creo que en buena doctrina eso no se puede decir: nadie nace con derechos, sino con bienes espirituales, intereses, necesidades, atributos, etc.

Y es que en la exposiciones al uso no se explicita debidamente la distinción entre derecho subjetivo y bien jurídico protegido, lo que no es sino aplicación de la conocida dicotomía derecho-objeto. A nadie se le oculta que en esta dicotomía, lo importante es el objeto. El derecho no es sino un instrumento procurado por el Ordenamiento jurídico para proteger el objeto. El hombre tiene necesidades, intereses o deseos que el Ordenamiento estima dignos de satisfacción. Pues bien, uno de los instrumentos o mecanismos que el Ordenamiento habilita para conseguir esa satisfacción es el del derecho subjetivo. Mediante el ejercicio de ese poder, la persona satisface las necesidades o intereses que constituyen el objeto del derecho y son la razón ontológica de su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico. El

instrumento, a cuyo través consiga ese poder de uso y disposición de lo que necesita, le es, hasta cierto punto, indiferente. Sucede que, desde el Derecho Romano y, sobre todo, desde la revolución individualista y liberal (Revolución Francesa), el Ordenamiento ha perfeccionado el instrumento del derecho subjetivo para reconocer ese poder y atribuirlo al sujeto concreto. Lo que no significa -y ésta es consecuencia de gran calado- que no existan otros modos de facilitar jurídicamente la satisfacción de aquella necesidad. No significa que el reconocimiento del derecho subjetivo sea el único modo de proveer a aquella necesidad<sup>9</sup>.

Para concluir la exposición del interés como nota esencial del derecho hay que abordar otro asunto de gran importancia y que, por otra parte, permite calificar adecuadamente la inspiración ideológica de la doctrina que se mantiene, bien alejada del positivismo. Ya aludía antes al grave reparo iusnaturalista: ¿es el Estado la fuente de derechos subjetivos? Pues sí porque no puede ser de otro modo: en tanto un derecho subjetivo es una cualidad jurídica de la que se inviste al individuo y cuyo ejercicio se garantiza con el uso de la fuerza, si fuere necesario, es obvio que es una creación del Derecho. ¿Quiere esto decir que el Estado puede dar y quitar derechos a su arbitrio? Evidentemente, no. O mejor, poder puede porque tiene la fuerza, pero dejaría de ser Estado para convertirse en banda de malhechores, como ya advirtiera SAN AGUSTÍN<sup>10</sup>. El Estado, o el Poder Público en general, está al servicio de la persona. Sólo se justifica en la medida en que le permite el justo desarrollo de su personalidad en consonancia con su dignidad. Y el respeto a su dignidad exige reconocer que es el propio individuo el que mejor sabe cómo satisfacer sus necesidades o perseguir sus intereses. Claro que la necesidad de vivienda se satisfaría con un Estado totalitario que atribuyera a cada ciudadano el uso de una vivienda estatal, que iría cambiando en función de sus necesidades familiares, por ejemplo. Sí, pero ese modo de subvenir a sus necesidades no se corresponde con su dignidad: la función subsidiaria del

---

<sup>9</sup> Esta distinción adquiere suprema importancia en materia de los llamados derechos de la personalidad. Las necesidades o intereses de la persona son los bienes de la personalidad, esos atributos que integran su esencia y que le son indispensables para el desarrollo de su personalidad. Derechos de la personalidad serán los instrumentos ideados por el Ordenamiento jurídico para que el hombre satisfaga aquellas necesidades, esto es, para conseguir el pleno goce y disfrute de aquellas manifestaciones esenciales de su personalidad. Al configurar estos derechos como verdaderos derechos subjetivos, el Ordenamiento está atribuyendo a las personas unos ámbitos de poder que le van a permitir -a ella misma- velar por el respeto de sus bienes personalísimos más preciados, y actualizarlos o vivirlos convenientemente.

Pero de acuerdo con lo que decíamos antes, no quiere ello significar que el único modo de amparar y garantizar los bienes de la personalidad sea a través de los derechos de la personalidad. Si, por las razones que fueren, no resultara posible reconocer derechos de la personalidad en una persona, el Ordenamiento jurídico no debe renunciar a proveer, a través de otros mecanismos, si existen, de la conveniente protección a aquellos bienes. Lo que importa -repetámoslo una vez más- son los bienes, su amparo y protección. El instrumento para conseguirlo podrá ser el del derecho subjetivo... u otro medio de que pudiera disponer el Ordenamiento jurídico.

<sup>10</sup> Vid. S. Agustín: *De civitate Dei*, libro IV, 4.

Estado le obliga a la abstención en todo aquello que el individuo puede hacer razonablemente por sí mismo. Pero para sentar tan atinada doctrina no es menester arruinar la dogmática jurídica, por buenas que sean las intenciones. El Estado está obligado a entregar o reconocer a los ciudadanos los instrumentos que precisen para llenar su menesterosidad, pero ello no puede trocar la naturaleza de esos instrumentos: si los ha creado el Estado.

Realidad que trae a colación un tema importante: ¿cuándo el Estado vendrá obligado a reconocer un derecho subjetivo? Aquí reside el límite impuesto al Poder por el Derecho Natural. El derecho a la vida es una cualidad, una situación de poder reconocida a la persona por el Estado, pero la vida, no. Cabalmente, para proteger el bien vida, realidad natural y previa al Estado, éste, entre otras cosas, reconoce al individuo el derecho a la vida como poder que puede utilizar para tal cometido. Y si no se lo reconociera sería un Poder ilegítimo, derrocable según nuestra doctrina clásica. Como se ve, no es necesario decir que el derecho a la vida es una realidad natural para poner justos límites al Estado. Pero no siempre es tan evidente la obligación inexcusable del Poder de reconocer derechos subjetivos como cuando se trata de amparar bienes de la personalidad: vida, integridad física, honor, intimidad. Hace años hizo aparición -al menos para algunos entre los que no me cuento- el interés de disfrutar durante un período corto del verano de un apartamento en la playa, en función de un turno establecido con otros sujetos de semejantes apetencias playeras, y otras circunstancias que no son del caso. Bueno, pues al cabo, el Estado vino en crear un nuevo derecho subjetivo: el uso por turno de bienes inmuebles. Y así han nacido todos los derechos subjetivos: primero fueron las necesidades, los intereses o los bienes naturales que se querían amparar, y luego aparecieron los instrumentos de protección. Lo que no se ha precisado todavía es cuándo o qué requisitos han de concurrir para que ante determinada necesidad o interés, el Estado deba reconocer el correspondiente derecho subjetivo, porque necesidad no es capricho. Y algo sabemos desgraciadamente de esto: grupúsculos vociferantes en reclamación de pretendidos derechos, que no pasan de constituir meros caprichos personales, cuando no algo peor. La valoración de cuándo una necesidad o interés merece la protección del derecho subjetivo o cuándo no la merece corresponde al Estado; pero en este juicio debe someterse a las exigencias del Derecho Natural. Qué deba entenderse por esta aseveración es cosa en la que ahora no podemos entrar<sup>11</sup>.

En suma, la naturaleza del derecho subjetivo viene determinada por tres elementos esenciales: el señorío de la voluntad o poder que se atribuye al sujeto o titular del derecho; el reconocimiento por el Estado de ese poder, lo que arguye la puesta a disposición del titular de la fuerza legítima del Estado, si fuera necesaria

---

<sup>11</sup> Puede verse: J. E. BUSTOS PUECHE: "Consideraciones sobre la llamada Metodología Jurídica": en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo; tomo I, Madrid, 2003; pág. 277. "¿Existen instituciones en la Constitución que limiten al legislador ordinario?" Rev. Derecho Privado, septiembre.-octubre. 2006, pág. 77.



para el ejercicio del poder; el fin del reconocimiento o concesión del poder, que es llenar una necesidad, amparar un bien o satisfacer un interés dignos de protección jurídica

### 1.3. Insuficiencia del instrumento derecho subjetivo

No es difícil señalar la insuficiencia del instrumento que nos ocupa. Es cosa sabida que el presupuesto para la adquisición o titularidad de derechos subjetivos es la obtención previa de personalidad o capacidad jurídica, de modo que sólo la persona que tiene capacidad jurídica tiene derechos. Ahora bien, la persona adquiere personalidad con el nacimiento; no antes (art. 30 C. c.). Desde la concepción hasta el nacimiento, la persona no puede beneficiarse de esta herramienta jurídica. Habrá que volver sobre este hecho, pero el asunto es serio. Piénsese en los derechos de la personalidad; piénsese en el derecho a la vida: El Tribunal Constitucional no ha dudado en negar que el *nasciturus* sea titular de este derecho. Y tiene razón. Otra cosa es el bien vida, que lo tiene desde su concepción y que ningún Estado debería despreciar. Que no sea titular del mentado derecho subjetivo no significa que no exista otro mecanismo de protección que no esté supeditado a la adquisición de capacidad jurídica. Acaso si se hubiera distinguido correctamente entre bien y derecho, por tanto, entre bien vida y derecho a la vida, se habrían evitado gravísimas injurias a la dignidad de la persona. Da la sensación de que el Poder entiende que el único modo de proteger los bienes de la persona, sean materiales o espirituales, es a través de la vía del derecho subjetivo. Este es un error craso. Hay otros modos. Consecuencias de este error las veremos cuando tratemos de los derechos humanos, en la medida en que se han entendido exclusivamente como derechos subjetivos.

Sin entrar en la cuestión, pero para ilustrar ya desde ahora por donde discurrirá mi argumentación, reparemos en los derechos de la personalidad para comprender la trascendencia de lo que estamos viendo. Si nos encerramos en que el único instrumento de protección de la persona es el del derecho subjetivo, es claro que se la estamos negando a la persona sin personalidad. Entiendo, sin embargo, que en Derecho existe una doble vía para proteger los bienes de la personalidad. La primera es la vía que podíamos llamar más tradicional o más común, más conocida, que es la vía del derecho subjetivo. Implica que esa persona a la que se le concede el poder tiene personalidad jurídica, porque los derechos subjetivos solamente se reconocen en quienes tienen personalidad o capacidad jurídica, en quienes tienen aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones, lo que en nuestro Derecho acontece al tiempo del nacimiento. Y hay una segunda vía: la de los principios generales del Derecho. Esta segunda vía no precisa que el sujeto beneficiario sea titular de derechos, tenga capacidad jurídica. La esencia del derecho subjetivo significa que es la propia persona la que se defiende a sí misma, mediante un poder que se le concede. En cambio, la vía de los principios generales significa que, como la persona no es capaz, se arbitra una defensa al margen o con independencia del titular, con independencia del nivel de desarrollo del individuo. Es una manera

más abstracta o general, que es la vía de los principios generales, aunque no pueda negarse que en el fondo es una protección que se depara con miras a la persona concreta.

Estimo que el principio general de respeto a la dignidad humana, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución, significa, entre otras cosas y por lo que hace al tema que nos ocupa, que la protección y amparo de los bienes de la personalidad se eleva a principio general del Derecho. Y esto es así, en nuestra opinión, porque los bienes vida, integridad, honor..., necesariamente quedan comprendidos en el bien dignidad, luego si se protege el bien dignidad, se protegen los otros bienes comprendidos en ella. Ahora bien, es obvio que el principio general recogido en el artículo 10, tiene eficacia vinculante, como cualquier otro precepto constitucional.

## 2. LOS DERECHOS HUMANOS

Según lo anunciado en la Introducción, procede ahora poner de manifiesto cómo la configuración de los derechos humanos como derechos subjetivos lastra aquéllos inevitablemente, y reduce, en ocasiones de forma clamorosa, la protección de la persona, razón de ser de la doctrina de los derechos humanos. Semejante insatisfacción parece traslucir M. A. GLENDON cuando critica lo que llama “*el discurso norteamericano de los derechos*”. Para esta profesora de Harvard, no es saludable que el discurso público de los Estados Unidos haya sido dominado por el lenguaje de los derechos. Aunque habla en general de derechos, no es difícil percibir que se está refiriendo fundamentalmente a los derechos humanos<sup>12</sup>.

Examinemos, en primer lugar, las insuficiencias que presenta la mencionada doctrina por causa de la utilización de la técnica del derecho subjetivo. A continuación, veremos las que podríamos llamar insuficiencias propias.

### 2.1 Insuficiencias derivadas de la técnica del derecho subjetivo

#### 2.1.1. *El oscurecimiento de la necesaria distinción entre derecho y objeto, con sus consecuencias prácticas*

La primera mácula que cae sobre la doctrina de los derechos humanos viene provocada por la confusión entre derecho y objeto, que igualmente se echa de ver en la doctrina del derecho subjetivo, como ha quedado ya de manifiesto. No se cae en la cuenta de que lo importante es el bien objeto del derecho y no el derecho

---

<sup>12</sup> Vid. CHASER MADAR: *The American Conservative*, 12 de abril de 2012. Traducción del profesor P. TENORIO SÁNCHEZ: “¿Cuál es el problema con los derechos? Mary Ann Glendon desafía los valores políticos supremos de Estados Unidos”.

subjetivo, que no pasa de ser un instrumento protector de aquél, lo que no arguye, por otra parte, que sea el único. Esta peligrosa confusión acaso se haya visto acentuada o facilitada por el hecho de que en la categoría de los derechos de la personalidad, que sin duda es la de mayor relieve y transcendencia dentro de la más amplia de los derechos humanos, objeto y derecho tienen el mismo nombre. Así, vida, intimidad u honor, tanto sirven para nombrar estos bienes supremos del hombre como los derechos que los amparan. Esta confusión es letal porque nuestros magistrados constitucionales, tras comprobar que determinado individuo no era titular del derecho, han concluido, de *facto*, que tampoco tenía el bien que aquel derecho había de proteger. Y, así, un bien supremo del hombre ha quedado inerme. Esto es lo que ha sucedido cabalmente con el bien vida de la persona concebida y no nacida.

Las consecuencias gravemente lesivas para la persona se insinuaron ya la primera vez que el Tribunal Constitucional tuvo que vérselas con la defensa de la vida del *nasciturus*. En esta sentencia, el TC distinguió ciertamente entre vida y derecho a la vida, si bien no obtuvo, sino en mínima medida, las consecuencias derivadas de la distinción. Quiso defender la vida, pero al tiempo dijo que quien estaba vivo no era titular del derecho a la vida, y como pensaba que el único modo de amparar un bien era a través de la titularidad de un derecho sobre ese bien, no supo cómo protegerlo, más allá de algunas declaraciones teóricas, de poco fuste jurídico, como pusieron de relieve los votos particulares, y de menos transcendencia práctica, como demostró a los pocos meses el legislador.

Y este confusionismo incipiente en aquella ocasión a que aludo, se manifestó pleno en las otras dos ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a pronunciarse sobre el asunto, a propósito de las leyes de fecundación artificial e investigación sobre embriones. Pero vamos por partes.

Dice la muy conocida STC de 11 de abril de 1985, en su fundamento jurídico 7º: *“En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el arte 15 de nuestra Norma fundamental”*.

Del texto transcrito pueden extraerse estas conclusiones:

- Para el Tribunal Constitucional la vida del concebido es un bien jurídico.
- El *nasciturus* no es titular del derecho sobre ese bien.
- La protección que pueda corresponder a ese bien discurre a través del artículo 15 de la Constitución.

No es difícil advertir la confusa ambigüedad que se desprende de tales conclusiones. La sentencia, en verdad, en su designio conciliatorio y componedor,

incurre en contradicciones e incoherencias manifiestas. Ante todo choca con la imposibilidad jurídica de reconocer derechos subjetivos a quien carece de capacidad jurídica. Aunque no lo diga con esta claridad -tampoco sé por qué- es indiscutible que estima que el *nasciturus* no puede ser titular del derecho a la vida porque, al ser éste un derecho de la personalidad, un derecho subjetivo, exige, con carácter previo, capacidad jurídica en la persona, cualidad de la que carece el concebido, y que sólo obtendrá con el nacimiento.

Ahora bien, como le repugna dejar sin amparo alguno la vida del concebido, afirma que ésta es un bien jurídico constitucionalmente protegido, afirmación, en verdad, que deja muy insatisfecho al intérprete por su innegable imprecisión y ambigüedad. En efecto:

-¿Qué nuevo bien es éste que no pertenece a nadie ni a nadie puede pertenecer? A la vista del artículo 333 del Código civil, toda la doctrina estima que la “apropiabilidad” pertenece a la esencia del concepto bien, de suerte que un bien que ni siquiera es apropiable -estrellas, copos de nieve, aire- no es bien para el Derecho, no es un bien jurídico y, mucho menos, protegible. No se comprende, pues, que se hable de un bien -la vida del *nasciturus*- para rechazar que ese bien pueda pertenecer al que está por nacer, porque entonces nos quedamos con una entidad vagarosa, sin trascendencia jurídica.

-Aunque, según afirma la sentencia a continuación, esa protección exige del Estado el deber de abstenerse de interrumpir el proceso natural de gestación, y el de amparar esa vida a través de normas penales, es lo cierto que semejante declaración no pasa de ser mero fuego fatuo o recurso dialéctico, sin consecuencias prácticas. Repárese en que el “bien” que nos ocupa puede entrar en conflicto con otros bienes de la madre -dignidad, integridad física y moral, intimidad, etc.-, como reconoce la propia sentencia en su fundamento jurídico nº 11, y que sobre cada uno de estos bienes la madre tiene un verdadero y auténtico derecho subjetivo, un derecho de la personalidad, constitucionalmente reconocido. Fácil es concluir que en el conflicto entre un derecho de la personalidad fundamental y un “bien” que no es objeto de derecho, siempre éste último se sacrificará.

-Por último, es que no es nada fácil aceptar que el artículo 15 de la Constitución proteja ese famoso “bien constitucionalmente protegible”, por la razón de que el precepto citado habla de “derecho” -*todos tienen derecho a la vida*- y dos párrafos antes ha negado la sentencia que el *nasciturus* pueda tener ni ése ni ningún otro derecho.

¿Y si el Tribunal Constitucional -por cierto, al igual que los recurrentes- tras constatar lo que es indiscutible en nuestro Derecho, que el *nasciturus* no puede ser titular de derechos subjetivos, se hubiera esforzado por encontrar otra vía protectora del bien, del objeto, **vida**, que no pasara por el artículo 15 de la Constitución, que difícilmente puede aplicarse tras esa primera constatación? Quiero decir que, en mi opinión, hay una consecuencia directa derivada de la correcta distinción entre derecho y objeto, de modo que, al caer en la cuenta de que lo importante es el

objeto y no el derecho, si se constata que ese bien merece ser amparado, no vale con desentenderse del asunto so pretexto de que el titular de ese bien no es titular del correspondiente derecho. Esto es lo que hizo de manera vergonzante la STC comentada y de manera ya paladina y sin reparo alguno las otras dos sentencias que sobre el asunto ha pronunciado el TC. Me refiero a la STC. 212/96 de 20 de diciembre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto..., siete años antes, contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Y a la STC. 116/1999, de 17 de junio de 1999 dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto..., diez años antes, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida. No obstante la intensa reflexión a que debieron entregarse los magistrados, habida cuenta del tiempo transcurrido entre interposición del recurso y sentencia, ambas sentencias se limitan a aprovecharse, ya sin remilgos, del hallazgo de la sentencia de 1985, para repetir que ni los embriones, ni los fetos, etc. son titulares del derecho a la vida, ni de ningún otro, por la sencilla razón de que carecen de personalidad jurídica. Nada más fácil pues que negar que el legislador ordinario hubiera vulnerado el artículo 15 de la Constitución, que reconoce un derecho fundamental. Y si la primera sentencia, todavía descubría cierto malestar al constatar que había un bien -la vida- que se quedaba sin protección suficiente, ahora en las sucesivas sentencias esa preocupación ha desaparecido, de *facto*, aunque *incidenter tantum*, al transcribir algún párrafo del sentencia de 1985 se contenga la referencia al bien vida.

***2.1.2. Y así, llegamos a la que podemos llamar segunda insuficiencia de la técnica del derecho subjetivo como armazón de los derechos humanos o fundamentales, a saber: la necesaria vinculación de los derechos subjetivos con la capacidad o personalidad jurídica***

Insisto: desde el momento en que se centra la cuestión en si el artículo 15 de la CE –derecho a la vida- ampara o no la vida del *nasciturus*, la batalla en defensa de aquélla está perdida porque no hay modo de sostener con argumentos convincentes que una persona tiene derechos antes de haber nacido, aunque se hayan hecho algunos esfuerzos bienintencionados en la doctrina por extender el ámbito de protección del artículo 15 a los no nacidos. Lo razonable entonces es, sin empeñarse en transitar por ese cauce del derecho subjetivo, esforzarse por encontrar algún otro medio de protección jurídica, lo que, a mi juicio, es posible, como veremos en su momento. Pero que el TC español, cuyo entusiasmo por defender la vida del no nacido es perfectamente describable, no haga ese esfuerzo resulta enteramente previsible. Asombra más que los sesudos recurrentes contra las diversas leyes contrarias a la vida insistan en pedir al Tribunal que entienda el artículo 15 de un modo que ya les ha dicho en ocasiones anteriores que no acepta y que además, en efecto, no acepta porque tiene de su parte al Derecho positivo, nos guste o no. Pasma que en el último recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo -el Tribunal ya está en su quinto año

de reflexión al respecto-, los recurrentes persistan en invocar en apoyo de su tesis el artículo 15 de la CE. que reconoce el derecho a la vida. Si alguna vez los magistrados ponen sentencia sobre el asunto, no es difícil imaginar cuál vaya a ser el argumento fundamental de su sentencia para decir que la ley está muy bien y que es perfectamente conforme a la Constitución: el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida por carecer de capacidad o personalidad jurídica.

Y entramos aquí ya en zona ideológica, todavía más evidente. Porque es llano que a muchos la situación descrita puede no desasosegarles: en efecto, la persona concebida y no nacida tiene determinados bienes, como vida o integridad física, pero ello no arguye que el Derecho haya de ampararlos. Hasta que no nazca, el *nasciturus* está a disposición de su madre, que puede libremente decidir si llega a nacer o no (verdadero *ius vitae ac necis*), de donde se infiere que no existe la menor razón para que el Derecho se interfiera en la defensa de un ser que resulta estar a disposición de otro durante esa primera etapa de su existencia. En cambio, esa situación nos desazona a otros. Puede entenderse que el Derecho retrase el reconocimiento de la personalidad jurídica hasta el momento del nacimiento, o en torno a él, por razones de seguridad jurídica y, sobre todo, porque los problemas de técnica jurídica que pueden originarse si se anticipa el reconocimiento a momento anterior son de consideración<sup>13</sup>. Ahora bien, eso no significa que nos satisfaga el escenario de una persona que por el hecho de no haber nacido resulta que no puede ser amparada por el Ordenamiento jurídico.

Desde el Derecho Romano, el resultado que para la persona produce la exigencia de capacidad jurídica, como presupuesto previo para la adquisición de derechos, se ha considerado insatisfactorio. Justificado, pero injusto. Buena prueba de ello es que el sabio Derecho Romano arbitró un procedimiento para impedir las consecuencias que estimó más desfavorables para la persona, derivadas de aquella situación jurídica. Me refiero, naturalmente, a la regla *pro jam nato habetur*, que ha llegado a todos los Códigos. El artículo 29 del nuestro, como es sabido, establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables. La protección del concebido y no nacido es tema del Derecho de Personas y a él me remito. Baste aquí con recordar dos cosas:

- El reconocimiento desde antiguo de la regla *pro jam nato habetur* prueba que no se estimaba satisfactoria ni justa la situación de la persona desprovista de derechos desde su concepción hasta su nacimiento. Para reparar en lo posible esa situación, se arbitró el recurso indicado.
- La protección deparada a la persona concebida y no nacida por la regla recordada es de índole patrimonial y se manifiesta, expresamente, en dos supuestos concretos: la posibilidad de aceptar donaciones del artículo 627

---

<sup>13</sup> De todos modos, tampoco son de imposible tratamiento: El Código Civil argentino de 2014, reconoce la personalidad al tiempo de la concepción, sin perjuicio de estimar que nunca existió la persona si no llega a nacer con vida. (Cf. Artículos 19 y siguientes).

y la de suspender la partición de la herencia de los artículos 959 a 967. Pudiera también aplicarse a otros supuestos no previstos expresamente pero que presentaran identidad de razón o semejanza con los previstos (analogía, art. 4.1). Y nada más. Quiero decir que la norma protectora del concebido y no nacido del art. 29 del Código, de ninguna manera, puede servir para proteger bienes no patrimoniales o que carezcan de significado económico.

No vale para proteger los bienes de la personalidad del *nasciturus*.

En suma, sin personalidad jurídica, no hay derechos subjetivos; por ende, no hay derechos humanos reconocidos por el Ordenamiento jurídico. Pero esa situación significa que la persona está desprotegida durante nueve meses. Y ello nos parece inadmisibile. Carencia que no se llena con el recurso a la regla pro *iam nato habetur* del artículo 29 del Código Civil, por las razones antedichas. Me parece menester inexcusable del jurista disconforme con el estado de cosas descrito esforzarse por encontrar otro medio de tutelar a la persona que no sea el de los derechos subjetivos. Quedó indicado en la primera parte que la vía de los Principios generales del Derecho bien puede cumplir esta función protectora complementaria de la del derecho subjetivo.

Si sólo a partir del nacimiento se es titular de derechos subjetivos, esta vía del derecho subjetivo sólo se puede utilizar para defender los bienes de la personalidad a partir de que el interesado, el sujeto ha adquirido ya capacidad jurídica. ¿Qué pasa, entonces, con la persona antes de adquirir personalidad jurídica?: la persona concebida y no nacida. ¿Qué pasa entonces? ¿No tiene bienes de la personalidad? ¿No tiene vida? ¿No tiene integridad física? O si tiene estos bienes, ¿el Derecho se desentiende de ellos? ¿No los protege? Yo creo que, justamente para estos supuestos, el Ordenamiento jurídico articula la segunda vía de protección indicada: la de los principios generales del Derecho.

### ***2.1.3. La tercera insuficiencia que la técnica del derecho subjetivo acarrea a la doctrina de los derechos humanos es ésta: la determinación del contenido de un derecho subjetivo queda a cargo del Estado, en gran medida***

Es evidente que si el derecho subjetivo es una creación de la norma, el legislador configura el contenido de aquél. Ya vimos que esto es así en la primera parte de este trabajo. Precisamente porque parece afirmación en exceso positivista, se ha intentado por un sector importante de la doctrina hacer una especie de excepción con los derechos naturales o fundamentales, manteniendo que éstos nacen con la persona, para evitar así el origen estatal de aquéllos. El propósito no puede ser más laudable, pero entiendo que no es aceptable en buenos principios jurídicos. O son derechos o no lo son, pero que lo sean y querer desvincularlos de la norma positiva me parece un paso en falso, porque está en la esencia del derecho su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico. A no ser que cuando se afirma, por ejemplo que toda persona tiene derecho a la vida desde su concepción, no se quiera emplear

el término derecho en sentido jurídico, pero tampoco es muy aceptable utilizar un término bien conocido y querer significar otro concepto que el propio de ese término. Esto lo hacen muy bien, desde GRAMSCI sobre todo, los manipuladores del lenguaje, como técnica de dominio de la cultura y de la sociedad civil, pero está mal. Si decimos que los derechos de la personalidad, la más importante categoría de los derechos humanos, son derechos subjetivos, entonces hemos de aplicarles la dogmática propia de los derechos subjetivos, porque si la alteramos en puntos esenciales, estamos hablando de otra cosa. La tesis de que los derechos subjetivos de contenido patrimonial se adquirirían con el nacimiento (art. 29 C. c.) y los derechos de la personalidad se adquirirían con la concepción, personalmente, me parece de difícil aceptación: la doctrina de los derechos innatos no es jurídica. Yo creo que lo que concurre, lo que está presente desde la concepción son los bienes de la personalidad, pero no los derechos de la personalidad.

Ahora bien, la coherencia que acabo de reclamar manifiesta a las claras el riesgo que significa entregar al Estado nada menos que la determinación del contenido de los derechos humanos. La norma configura el haz de facultades, poderes, deberes, cargas, responsabilidades que integran cada derecho, y, por ende, eso vale para cualquier derecho subjetivo, sea fundamental o humano o patrimonial, o de cualquiera otra clase. Y son muy justificados los recelos ante el panorama descrito. Hay que evitarlo pero, en mi opinión, no a costa de subvertir las categorías jurídicas.

En la primera parte del estudio, se mostraron dos vías que pueden servir como limitaciones doctrinales del Poder. Por un lado, la distinción entre bien u objeto protegido y derecho subjetivo como instrumento de protección, y que exige atender y ponderar el interés o necesidad de la persona que quiere satisfacerse con el reconocimiento del derecho. Me remito a lo ya expuesto. La otra, la utilización de los Principios generales del Derecho, al caer en la cuenta de que pueden servir perfectamente para amparar esos objetos o bienes que el derecho subjetivo no puede proteger. Pero lo que interesa destacar aquí es la razón de esta tercera insuficiencia de la técnica de los derechos subjetivos que estamos estudiando y que, como es lógico, afecta a la configuración de los derechos humanos: el excesivo papel del Estado. El mismo papel determinante que tiene el legislador al configurar un derecho subjetivo patrimonial, lo tiene al configurar un derecho humano. Y esto es excesivo, en efecto. Y si hemos concedido que el único medio de tutelar los bienes de la personalidad, que constituyen los objetos de los principales derechos humanos, discurre por la técnica del derecho subjetivo, la conclusión no es halagüeña.

Aún existe otra consecuencia nociva derivada de lo anterior. Al fundarse el derecho en la norma positiva, como no puede ser de otra manera, resulta no sólo que el Estado configura el contenido de ese derecho, sino que su interpretación se atribuye a los Tribunales y, en concreto, como estamos pensando en los derechos fundamentales, a quien se atribuye la interpretación es al Tribunal Constitucional o equivalente en cada Ordenamiento. Probablemente esta realidad sea peor que la que la causa. Que el legislador configure el derecho humano no



es muy tranquilizador, porque hay muchos tipos de legislador, pero a la postre se satisface la seguridad jurídica: la norma queda escrita y, en principio, uno sabe a qué atenerse. Además, los legisladores cambian con más facilidad que los miembros de esos órganos constitucionales<sup>14</sup>. Pero si el contenido de un derecho fundamental viene determinado por el Tribunal Constitucional, al socaire de interpretar la norma jurídica de legalidad ordinaria que lo reconoce, eso quiere decir, en la práctica, que ése es el órgano que fija aquel contenido. Y esto todavía es peor, como decía. Estos órganos están altamente ideologizados, de donde se infiere que el contenido de un derecho humano vendrá dado por la ideología dominante en el aludido órgano<sup>15</sup>.

## **2.2. Insuficiencias propias o derivadas de la misma dogmática de los derechos humanos**

Antes de continuar, conviene explicitar quizás algo que he dado por supuesto. Cuando hablo de insuficiencias, se entiende que insuficiencia no significa incapacidad. No es que la técnica del derecho subjetivo resulte inapta para defender los bienes naturales del hombre, esto es, para construir la dogmática de los derechos humanos, en tanto que instrumentos de protección de aquellos bienes. Es apta pero insuficiente. Entiendo que si no se utiliza alguna vía complementaria para amparar esos bienes fundamentales del hombre, la tutela deparada se queda corta, es insuficiente. Y por tanto la persona queda parcialmente desamparada.

Continuemos, pues, con la exposición de las insuficiencias aludidas.

### ***2.2.1. La multiplicación de derechos humanos, lo que se conoce como aparición de nuevas generaciones de aquéllos, manifiesta a las claras que la técnica tradicional del derecho subjetivo no se ajusta, es poco satisfactoria para la construcción de los nuevos derechos humanos***

En efecto, piénsese en los llamados derechos sociales, económicos y culturales, o en los más recientes aún, derivados de usos abusivos de determinadas

---

<sup>14</sup> No me resisto a evocar el chascarrillo norteamericano respecto de los jueces de su Tribunal Supremo, que es su tribunal constitucional, como es sabido. Dicen los americanos que los miembros del Tribunal Supremo no se jubilan y rara vez se mueren.

<sup>15</sup> En España, el órgano que tiene atribuido el control constitucional de las leyes se llama Tribunal Constitucional, denominación que, a mi juicio, no es apropiada. Más bien pienso que se eligió el nombre por aprovecharse del prestigio de los Tribunales de Justicia -entonces, mayor que ahora-, pero que no respeta la realidad de las cosas. Un tribunal dirime conflictos entre particulares o entre la Administración y un particular, pero siempre se trata de decir el Derecho (jurisdicción) con carácter singular, pero no hacer de legislador negativo -o incluso positivo- que es lo que hace el Constitucional. Es verdad que no deja de advertirse cierta tendencia a desnaturalizar la función jurisdiccional mediante las llamadas sentencias de unificación de doctrina, en interés de la ley, del Pleno, etc., so pretexto de la unificación interpretativa, que con ser algo bueno, no puede llegar hasta el punto de convertir en fuente del derecho las sentencias de los tribunales de mayor grado, porque para eso habría que modificar la Constitución. (Cf. artículo 117).

tecnologías de explotación de los recursos naturales. Algunos ejemplos: La Constitución afirma en el artículo 32 que *“el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*. Y en el artículo 39 que *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*. La *protección de la salud* también es un derecho, según el artículo 43. Y leemos en el 44 que *todos tienen derecho a la cultura*. El 47 sienta que *“todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”*. Y el artículo 50, que se garantizan *pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas*, así como la *suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad*. Por supuesto, *el medio ambiente es un derecho de la persona*, a tenor del artículo 45. Y podíamos seguir.

Es muy cierto que la propia Constitución advierte la dificultad de configurar tan loables deseos como derechos subjetivos cuando los lleva al capítulo tercero del título I, bajo la rúbrica de *“Principios rectores de la política social y económica”*, y el artículo 53 les otorga una intensidad bien distante de la que depara a los contenidos en los artículos 14 a 29. Sobre todo, dispone que *“sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”*

Y los apuros doctrinales son inevitables cuando se pretende construir una dogmática de tales derechos. Veamos algunos puntos.

### 2.2.1.1. El sujeto del derecho

¿Quién es el titular o sujeto de estos derechos? Para valorar la dificultad que plantea la respuesta a esta cuestión cuando hablamos de este tipo de derechos humanos, puede resultar ilustrativo el examen de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1991, de 11 de noviembre, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por doña Violeta Friedman, ciudadana judía, en relación con determinadas declaraciones realizadas a un medio periodístico por don León Degrelle, en las que éste negaba el genocidio del pueblo judío llevado a cabo por el nazismo y atribuía aquél a la invención de los judíos.

La mencionada señora formuló demanda de protección civil del derecho al honor contra don León Degrelle, por haber proferido las declaraciones antes aludidas. En la demanda se alegaba, en síntesis, que las citadas declaraciones habían lesionado el honor de la actora judía, quien estuvo internada en el campo de exterminio de Auschwitz, donde murió gaseada toda su familia por orden de un médico citado en las declaraciones, por cuanto que con tales afirmaciones el demandado no sólo tergiversaba la Historia, sino que, además, llamaba mentirosos a quienes, como la demandante, padecieron los horrores de los campos de concentración nazis.

Tras la pertinente tramitación, el Juzgado dictó Sentencia el 16 de junio de 1986, en la que estimó la excepción de falta de legitimación activa aducida por la

parte demandada y absolvió de la demanda a los demandados. En los fundamentos de Derecho, el Juez razona, de una parte, que la actora no está legitimada para la protección de su honor no atacado en el reportaje porque ninguna de las expresiones se referían concretamente a ella, pues ni se la nombraba ni aludía personalmente, sin cuyo requisito de determinación de la persona no cabe la protección que concede la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, ni la misma podía arrogarse la defensa de una etnia, raza o pueblo. Y, de otra parte, que las declaraciones del señor Degrelle estaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20.1 de la CE.

Contra la citada Sentencia interpuso la actora recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Madrid, y la Sala desestimó el recurso y confirmó la Sentencia impugnada al considerar que «*las declaraciones denunciadas como intromisiones ilegítimas en el ámbito personal de la demandante, no pueden reputarse de tales porque no se refieren a expresiones o hechos personales que la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena*».

Contra la última de las Sentencias citadas interpuso la actora recurso de casación por infracción de ley ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, alegando, como único motivo, la violación del art. 7, apartado 7, de la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con los arts. 10.2, 18.1 y 29 de la Constitución. Por Sentencia de 5 de diciembre de 1989, el Tribunal Supremo desestimó el recurso. En los fundamentos de Derecho, la Sala razona la desestimación del recurso al considerar, en síntesis, de una parte, que las manifestaciones en cuestión realizadas en virtud del derecho fundamental a la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones que consagra el art. 20.1 a) de la Constitución, no implican ofensa al honor de persona física concreta o de su familia, aun cuando puedan originar aflicción e incluso sufrimiento a personas naturales e incluso colectivos o grupos sociales (fundamento 4). Y, de otra parte, que el derecho al honor, según la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, es algo personal e intransferible, patrimonio del sujeto, y en todo caso de su familia si a ella afectase el descrédito o menosprecio, razón por la cual la recurrente no se encuentra en esa posición que la *legitimatío ad causam y ad procesum* exige para apreciar lesión (fundamento 5).

La representación de la recurrente demandó en amparo ante Tribunal Constitucional y alegó vulneración del derecho al honor consagrado en el art. 18.1 de la Constitución, puesto en relación con los arts. 20.4 y 10.2 de la propia norma fundamental. Al respecto argumentó, en contra de lo mantenido en las Sentencias impugnadas, que la recurrente poseía legitimación activa para exigir responsabilidades, ya que, acudiendo a categorías del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es una «víctima indirecta». El hecho de no ser citada expresamente en las declaraciones causantes de la lesión, en las que se hace referencia a un grupo, no puede entenderse ni como causa de la falta de legitimación, ni como inexistencia de lesión en el honor.

Pues bien, con arreglo a la dogmática del derecho subjetivo resulta muy difícil discrepar de la doctrina sentada por la Jurisdicción ordinaria. Podía resultar muy políticamente correcto dar la razón a una víctima del horror nazi, pero el espanto que cualquier persona de bien experimenta ante tanta atrocidad como aquel régimen perpetró no justifica la perversión de las categorías jurídicas: ni por un momento se me ocurre pensar que los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria reputaran menos execrable el genocidio nazi que el Tribunal Constitucional. Sólo que unos dictaron sentencia con arreglo a la Ley y el otro, como en tantas ocasiones, con arreglo a consideraciones extrajurídicas<sup>16</sup>. Prueba de lo que digo son las sabrosas consideraciones del TC:

*“...Tratándose, en el presente caso, de un derecho personalísimo, como es el honor, dicha legitimación activa corresponderá, en principio, al titular de dicho derecho fundamental. Pero esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones (v.gr., la legitimación por sucesión de los descendientes, contemplada en los arts. 4 y 5 de la LO 1/1982, de protección del derecho al honor), ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar del resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (arts. 10.1 y 14 CE).*

*En tal supuesto, y habida cuenta de que los tales grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1 b) CE, la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para*

---

<sup>16</sup> Por cierto, que también tenían razón los Tribunales ordinarios al decir que las declaraciones del demandado estaban amparadas por su derecho de libertad de expresión. A mi juicio, es un disparate que se vaya extendiendo y aceptando la consideración como infracción civil, incluso como delito, el llamado negacionismo o declaraciones de ese jaez. Si un investigador o historiador afirma bajo su responsabilidad ese tipo de aseveraciones se estará poniendo en evidencia ante la comunidad científica, pero de ahí a castigarle, si las dice sin ánimo *injuriandi*, porque las cree personalmente correctas, va un abismo. La corrección política es un atentado contra la libertad de expresión del individuo. Si dice una sandez, quedará como sandio, pero la verdad histórica no se defiende con prohibiciones de esta clase. Ni la mala conciencia puede repararse a costa de que no se recuerden los comportamientos que acaso observaron –ellos o sus ascendientes- quienes ahora se muestran tan diligentes en hacerlos olvidar, hasta el punto de prohibir cualquier afirmación que los traiga a la memoria. Conviene recordar la afirmación de ORWELL en el prólogo de su libro *“Animal farm”*: si la libertad de expresión significa algo, ha de consistir en el derecho a decir lo que el otro no quiere oír.

*poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 CE) y que el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribire («toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley»)... ».*

E insiste más adelante:

*“...El derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales, y sin negar que en algunos casos puedan ser titulares del derecho al honor (y así lo ha reconocido el TEDH, por ejemplo, con respecto al «Poder Judicial»: asunto Barfod, S. 22 de febrero de 1989), es más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas físicas (SSTC 107/1988, 51/1989 y 121/1989).*

*Ahora bien, lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa.*

En suma, no sólo es que según el Tribunal, las personas jurídicas sean titulares de un derecho inequívocamente personal e individual porque así son los bienes de la personalidad, y el honor es uno de ellos; es que incluso los grupos sin personalidad jurídica también son titulares de semejante derecho, y su ejercicio corresponde a cualquiera que forme parte del grupo, pertenencia que tampoco es una categoría jurídica sino meramente sociológica en el sentir de la sentencia. No se negará la capacidad de funambulismo jurídico del Tribunal.

### 2.2.1.2. La correlación derecho-deber u obligación

He aquí otra dificultad para construir los derechos humanos como derechos subjetivos, y que se evidencia especialmente en los derechos de la llamada tercera o cuarta generación. Supongo que se dirá que es el Estado el obligado a garantizar “la protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 39 CE); o el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47 CE); o “la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad” (art. 50 CE). Pero creo que la respuesta es poco convincente. Respecto a los derechos humanos políticos, los primeros en aparecer como consecuencia de las revoluciones de aquel signo, la respuesta indicada dejaba más satisfechos porque lo que se pedía al Estado era fundamentalmente una abstención, que en eso se resolvía el respeto a la vida, a la propiedad privada, a la libertad de domicilio o de expresión o de reunión, etc. Pero cuando entramos en el terreno de prestaciones de hacer, las cosas cambian<sup>17</sup>.

FRANCISCO PUY no ha dudado en calificar el problema al que ahora me refiero como uno de los más importantes de “la teoría de los derechos humanos”<sup>18</sup>. Este profesor no duda en vincular esta insatisfacción dogmática con el fenómeno de la que llama “sobredosis de derechos”, que no es sino lo que antes llamé

---

<sup>17</sup> Viene a cuento, aunque sea como intermedio lúdico, una anécdota que se contaba hace años de una magistrada conocida y que si no es verdadera, podía haberlo sido y que, en cualquier caso, ilustra el asunto que nos ocupa. En un juicio por desahucio, dictó sentencia declarando resuelto el contrato de arrendamiento y ordenando en consecuencia el desalojo de la vivienda arrendada. Seguidamente, el actor instó la ejecución de sentencia por cuanto el demandado no cumplía de grado. Y la Sra. magistrada dictó resolución decidiendo: no ha lugar al lanzamiento interesado en tanto el Estado no provea de vivienda digna al demandado, según ordena el artículo 47 de la Constitución.

<sup>18</sup> Escribe el autor citado: “Se trata de un fenómeno preocupante. Frente a una tradición milenaria que ha visto siempre el derecho y el deber como las dos perspectivas complementarias de una misma cosa, de manera que las leyes debían procurar siempre afirmar equilibradamente uno y otro plato de la balanza, la doctrina y la praxis de los derechos ha ido concentrando su atención en sólo los derechos, a la vez que ha ido dejando en la sombra a los deberes, de modo que hoy tenemos unos derechos fundamentales ayunos de los correlativos deberes fundamentales” F. PUY MUÑOZ: “Sobre la antinomia derechos humanos/deberes humanos”, en el libro homenaje a Luis García San Miguel, Univ.de Alcalá, pág. 630.

multiplicación de derechos humanos<sup>19</sup>. Diagnóstico en que también coincide MARY ANN GLENDON: “*los derechos son esenciales y son buenos pero han llegado a dominar nuestro discurso público de una manera que no es saludable*”<sup>20</sup>.

### 2.2.1.3. La tutela jurídica efectiva de los derechos humanos

En rigor, esta tercera deficiencia que se advierte en el esfuerzo de elaborar la misma doctrina de los derechos humanos, es un aspecto u otra perspectiva de la anterior. Aun cuando concediéramos que hay sujeto obligado a satisfacer los derechos humanos culturales, sociales, ecológicos, etc., es que chocaríamos inevitablemente con el problema de su reclamación forzosa, y ésta es característica esencial del derecho subjetivo: como decía De CASTRO, *a su arbitrio* (al del titular) *se deja su ejercicio y su defensa*. Un derecho sin acción judicial, que es el medio de hacerlo valer cuando se desconoce por el obligado a satisfacerlo, se queda en nada. Y no tienen acción judicial, como prudentemente advierte el artículo 53 de la Constitución, cuando somete su ejercicio y, por ende, su defensa al desarrollo legislativo ordinario.

### 2.3. La dificultad de determinar el contenido de los derechos humanos, derivada de la completa incertidumbre sobre la fundamentación metafísica de aquéllos

A mi juicio, este es el problema por antonomasia que plantea la teoría de los derechos humanos. Nadie pondrá en duda que la privación violenta de la vida de otro es un acto inequívocamente contrario al derecho humano a la vida. Pero si el otro todavía no ha nacido, la cosa ya no está tan clara. Y qué decir si hablamos de embriones en una probeta o tubo de ensayo. Y la argumentación de quienes no ven en estos actos violaciones del derecho a la vida no se sustenta en la carencia de personalidad jurídica del la persona antes de nacer, insuficiencia que ya examinamos anteriormente. Sencillamente, estiman que tales conductas no son contrarias al respeto a la vida humana. Tampoco suele discutirse el derecho a la educación privada -por más que existan grupos de inequívoca ideología que preferirían su eliminación, aunque se recaten de expresarlo-; Sin embargo, ya es mucho menos pacífica la cuestión de si ese derecho comprende o no la educación diferenciada por sexos. Y así podríamos seguir. En suma, que el problema surge, como es natural, ante los casos límite. En las obviedades, el acuerdo es sencillo. La controversia se yergue ante los casos dudosos o menos evidentes. Cabalmente, tales incertidumbres no pueden resolverse sin conocer la fundamentación metafísica del derecho humano de que se trate. Si se conoce o existen modos

---

<sup>19</sup> F. PUY, Sobre la antinomia derechos..., cit. pág. 637.

<sup>20</sup> M. A. Glendon “¿Cuál es el problema con..., cit.

de conocerla, entonces podrá extraerse de ella el principio regulador del caso discutido. Pero en caso contrario, no es posible.

Es sabido el papel destacado que jugó JACQUES MARITAIN en la Declaración de Derechos del Hombre, de la ONU, de 1948. Y también es conocido que hubo de conformarse con un acuerdo puramente práctico sobre la enumeración de los derechos humanos. En su conocida obra *El hombre y el Estado*, reconoce sin ambages que fue posible un consenso sobre los nombres de los derechos pero no sobre sus contenidos, por la sencilla razón de que el acuerdo práctico no entrañaba acuerdo teórico: la fundamentación filosófica de los derechos no podía ser la misma, ni lo era, para un creyente y para un no creyente, por ejemplo<sup>21</sup>. Y lo cierto es que con semejante incertidumbre ideológica es muy difícil señalar el ámbito de cada derecho, y por ende, ofrecer soluciones a su luz de los supuestos discutidos<sup>22</sup>.

Y este fenómeno de convenir en los términos pero no en los conceptos, en los continentes pero no en los contenidos, se repite en las Constituciones nacionales. Singularmente en la nuestra de 1978. Recuérdese, como botón de muestra, lo sucedido en torno al artículo 27 de la Constitución, que recoge la libertad de enseñanza. El recurso previo de inconstitucionalidad promovido contra el Proyecto de Ley Orgánica sobre el Estatuto de Centros Docentes, elaborado por un partido de derechas, se resolvió a favor de la constitucionalidad de aquél, en lo sustancial, mediante STC 5/1981, de 13 de febrero. Pero, igualmente, el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho a la Educación, redactado por un partido de izquierdas, fue declarado constitucional en STC 77/1985, de 27 de junio.

De manera que ambas normas eran conformes al indicado precepto constitucional, a pesar de la muy distinta ideología que en punto a educación han mantenido tradicionalmente, y mantienen, partidos de derechas e izquierdas, y de que mientras en el primer proyecto se reconocía el deber de profesores, padres y alumnos de respetar el ideario o carácter propio del centro, en el segundo, se omitía este deber.

Ahora bien, si prescindimos del hecho de que en ambos recursos la sentencia favoreció al partido en el poder, habrá que convenir que, en efecto,

---

<sup>21</sup> El autor recuerda que durante una de las reuniones de la Comisión Nacional francesa de la UNESCO en que se discutía sobre los Derechos del Hombre, alguien manifestó su extrañeza al ver que ciertos defensores de ideologías violentamente opuestas se hubieran puesto de acuerdo para redactar una lista de derechos. “Claro -replicó uno de ellos- estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se nos pregunte por qué. En ese por qué comienza la discusión”.

<sup>22</sup> B. DE CASTRO CID, lo señala: “Resulta patente que este nombre (se refiere al de derechos humanos), a pesar de la universal aceptación con que ha sido acogido, sigue designado un contenido conceptual de contornos extremadamente borrosos, ya que ese contenido termina siendo inevitablemente condicionado en cada caso por la opinión que se tenga sobre el origen, el fundamento, la naturaleza y el alcance de tales derechos”. “Biotecnología: la nueva frontera de los derechos humanos”. En el libro homenaje al Prof. García San Miguel, cit., pág. 557.



los términos del precepto constitucional son tan amplios o indeterminados, por no decir ambiguos, que admiten, al parecer, ambas interpretaciones. La que le puede dar una ideología favorable a un modelo de enseñanza no estatal, y la que prefiere establecer un modelo estatal de enseñanza. Es innegable que este modo de redactar los textos constitucionales reporta la enorme ventaja de que partidos ideológicamente dispares puedan sentirse a gusto a la hora de gobernar, y no caigan en la tentación de reformar la Constitución, lo que sin duda es muy bueno para la convivencia social. La desventaja es que no se sabe a ciencia cierta lo que aquélla afirma: La indeterminación de cuál sea el fundamento metajurídico de un derecho reconocido en la Ley de leyes, hasta el punto de que puede atribuírsele fundamentos contradictorios en función de la particular ideología del intérprete, impide, en rigor, reconocer un sentido objetivo al precepto discutido o, lo que es lo mismo, entrega la concreción del contenido de una norma constitucional a la ideología dominante, en un momento dado, en el Tribunal Constitucional.

La conclusión que acabo de expresar podrá resultar decepcionante, pero si queremos decir la verdad, no puede silenciarse. Nunca, en los más de treinta años de vida del Tribunal Constitucional español, ha dejado de preverse con rigurosa exactitud el sentido del fallo de una sentencia en asunto con contenido político o ideológico: basta con contar el número de magistrados de derechas y el de magistrados de izquierdas o, si se prefiere, el de nombrados por el partido de izquierdas o por el contrario. Y ello es inevitable, cabalmente, porque el método del consenso utilizado para redactar la Constitución hace imposible otro resultado: como no existe un contenido inequívoco en el precepto que recoge un derecho fundamental, precisamente porque no se quiso determinar, único modo de que el precepto saliera adelante, cada intérprete es muy dueño de entenderlo a su modo, es decir, conforme a su particular esquema de ideas y creencias. Ahora bien, si a la postre resulta que doce juristas, por conspicuos que puedan ser, son los que llenan de contenido cada derecho fundamental, en sus parcelas más discutibles, dudosas, controvertidas --también aquí podríamos aplicar *mutantis mutandis* aquello de que *in claris non fit interpretatio*-- es llano que el resultado no puede calificarse de satisfactorio. Ya ni siquiera sirven las categorías tradicionales: iusnaturalismo o positivismo. La cosa es mucho más grave. Ni Ley Natural, ni Constitución positivista, ni se satisface a iusnaturalistas, ni a positivistas: es que la definición de qué sea un derecho natural se entrega al parecer de doce intérpretes, quienes, por supuesto, asegurarán que para nada tienen en cuenta sus personales estimaciones, sino que se limitan a interpretar los textos conforme a los criterios doctrinales de la hermenéutica. Y no dudo de que sean sinceros al hacer este tipo de afirmaciones. Pueden estar convencidos de lo que dicen. Lo que pasa es que es imposible: el espejismo del Derecho puro sólo existía en la mente de Kelsen.

Llegados a este punto, quizás pueda ayudar una reflexión sobre la grave cuestión del fundamento de los derechos naturales o humanos. Para mayor claridad, trataré de ello en epígrafe aparte.

## 2.4. Algunas consideraciones sobre el fundamento de los derechos humanos

En mi opinión, hay dos modos fundamentales de pensar respecto al Derecho, y nada más. Para unos, el Derecho se identifica con la ley promulgada regularmente por el legislador, de modo que ésta agota el contenido de aquél: es el positivismo. Para otros, el contenido del Derecho se integra no sólo con la ley dada por el legislador, sino también con precepto naturales, esto es, una normatividad ínsita en la conciencia del hombre y que la razón descubre por ordenación del Creador: es el iusnaturalismo. Y todas las demás doctrinas o teorías han de situarse en un plano distinto porque, en rigor, son modalidades, más o menos fieles, de alguna de las dos anteriores, incluido el llamado Derecho Natural racionalista, que no es, en verdad, iusnaturalismo sino positivismo, como más adelante diré. Tampoco los iusnaturalismos protestante o laico significan cosas sustancialmente distintas a los grandes movimientos expresados. Como en seguida se verá, si no se admite una instancia última que determine los contenidos o exigencias de la Ley Natural en los puntos dudosos y en los que precisamente se plantea la dificultad, no resulta preciso, a mi entender, hablar de iusnaturalismo porque en ambos casos la solución ofrecida es la opinión, que puede ser muy estimable, del intérprete: *tot capita quot sententiae*. Por ello, a nuestros efectos, bien pueden subsumirse en el iusnaturalismo racionalista, por mucho que en estudio monográfico de la materia pudieran hacerse distinciones.

### 2.4.1. Podríamos caracterizar el iusnaturalismo por las siguientes notas

- La ley no agota el contenido del Derecho, según queda dicho.
- En rigor, no existen dos órdenes jurídicos para ordenar la vida social. El ordenamiento jurídico de una sociedad es único, si bien en él encontramos el elemento positivo y el elemento natural. No existe tensión entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, sino que éste viene a complementar, en lo necesario, a aquél<sup>23</sup>.
- El elemento natural fundamenta y justifica el elemento positivo, hasta el punto de que una contradicción grave entre ambos significa que la ley positiva es injusta y pierde, por ello, su naturaleza de ley.
- Los preceptos naturales primarios se conocen por la razón y son universales, indelebles e inmutables<sup>24</sup>.
- Existe un Dios providente ordenador de la creación. La ordenación divina de la creación o Ley Eterna referida a la criatura racional se denomina Ley Natural, y la parte de ésta que ordena la actuación del hombre hacia fuera, en relación con los demás, se llama Derecho Natural, frente a la parte ordenadora interior que la es Moral Natural.

<sup>23</sup> J.HERVADA, Historia de la Ciencia del Derecho Natural,, Pamplona, 1987 págs. 25 y 81.

<sup>24</sup> STO. TOMÁS, Summa Theologica, I-II, p. 94.

#### **2.4.2. En cambio, el llamado iusnaturalismo racionalista vendría identificado por las notas que siguen**

- Se quiebra el vínculo del Derecho natural con Dios y se construye un Derecho natural como conjunto de dictámenes de la recta razón, acomodados a la naturaleza humana y descubiertos por el propio hombre, al reflexionar sobre aquélla, sin la menor vinculación con un Dios creador y legislador.
- Elaboración del Derecho natural *more geométrico*. Convencidos de que el Derecho podía tratarse como las Matemáticas, los filósofos de la Escuela del Derecho Natural racionalista construyen éste como una estructura racional que, partiendo de un principio fundamental, va encadenando verdades sucesivas, por vía deductiva. Se consigue así, una ciencia exacta, superando las entelequias acientíficas del iusnaturalismo tradicional. La persuasión de que es posible construir un sistema jurídico exacto, preciso, casi perfecto, obra de la razón, explica, en buena medida, el ideal codificador: en verdad, los legisladores no tendrían sino plasmar en sus cuerpos legales esas magníficas construcciones, trabajosamente elaboradas por los filósofos-juristas<sup>25</sup>.
- Gran disparidad en el contenido del Derecho natural racionalista. Con agudeza, llama la atención FERNÁNDEZ-GALIANO sobre tan llamativa nota en una sistematización que se presentaba como resultado del ejercicio de la razón, razón que es la misma en todos los hombres. No puede negarse la interna contradicción entre ésta y la característica precedente. Y es que cada autor cree descubrir la naturaleza empírica del hombre en una u otra tendencia natural predominante: PUFFENDORF, en la sociabilidad; TOMASIO, en la felicidad; HOBBS, en el egoísmo; ROUSSEAU, en la bondad. Y como el sistema se obtiene por deducción a partir del principio fundamental, los resultados necesariamente variarán<sup>26</sup>.
- Quiebra de la unidad del ordenamiento jurídico. La mentalidad racionalista concibe el Derecho natural «como un orden o sistema del leyes de la naturaleza que regula la sociedad, junto a otro orden o sistema de leyes constituido por el Derecho positivo»<sup>27</sup>. Así, se preparaba el triunfo del positivismo, porque, a la postre, lo que importaba al jurista aplicador del Derecho del Estado, por oficio, era el positivo; el otro, el natural era otra cosa, pero no el Derecho vigente; acaso un ideal para el orden jurídico positivo, o una ética social<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> J. HERVADA, Historia de la Ciencia..., cit., pág. 257.

<sup>26</sup> A. FERNÁNDEZ-GALIANO, Introducción a la Filosofía del derecho, Madrid, 1963, pág. 172

<sup>27</sup> J. HERVADA, Historia de la Ciencia..., cit., pág. 257.

<sup>28</sup> Vid. *Ibid.*

Expuestas las notas características del iusnaturalismo racionalista, basta su comparación con las que señalamos como identificadoras del iusnaturalismo tradicional para concluir que estamos ante realidades sustancialmente distintas. ¿Qué más da que la norma jurídica la elabore un jurista en su oficio de legislador que un jurista como pensador o filósofo del Derecho? ¿Acaso no ejercitan ambos la razón? No hay diferencia sustancial entre el teórico que sobre su mesa construye un sistema jurídico escrutando, según él, la naturaleza humana, y el jurista práctico que sobre su mesa redacta una ley, si tanto el primero como el segundo están convencidos de que no existe una normatividad superior a la que puede descubrir su razón. Afirmar que existe un orden normativo superior al legislador positivo, pero que se descubre mediante la aplicación exclusiva de la razón a los datos experimentales que ofrece la naturaleza humana, no me parece esencialmente diferente de afirmar que no existe más que un orden jurídico: el positivo. Basta pensar en la intercambiabilidad de los oficios de legislador y tratadista. Si nuestros juristas, el teórico y el práctico, cambian, respectivamente, sus papeles llegarán al mismo resultado que al que habrían llegado en su antiguo oficio. Y es que de la misma causa proceden efectos iguales; de modo que es indiferente quien utilice la razón. Lo decisivo sería aceptar otra causa, pero si es la misma no salimos del mismo producto. Quiero decir que la diferencia esencial entre uno y otro iusnaturalismo radica en la aceptación o no de un Dios providente y legislador, en los términos que quedaron expuestos por STO. TOMAS. Pero si hay diferencia esencial, no me parece correcto o acertado seguir llamando iusnaturalismo o Escuela del Derecho Natural -siquiera con el calificativo de racionalista- a una doctrina sustancialmente diferente de la que se llamó así, al menos, desde Roma, aunque la idea sea anterior. Más preciso sería hablar de una modalidad, a lo sumo, de positivismo.

#### ***2.4.3. Para terminar este breve elenco doctrinal, veamos cómo podemos reconocer el positivismo:***

- El Derecho se identifica con la ley. El ordenamiento jurídico se compone exclusivamente de normas elaboradas y promulgadas por el legislador. No hay más Derecho, pues, que el «puesto» por el legislador, a través del procedimiento formal de elaboración de leyes.
- Como el positivismo se desentiende de causas y valoraciones metafísicas, es natural que la Filosofía del Derecho se pretenda sustituir por una Teoría general del Derecho, encaminada a fijar conceptos jurídicos generales mediante un método racionalista-deductivo conocido como formalismo jurídico.
- La validez y eficacia de la ley sólo depende de su regularidad formal, nunca de su contenido. El juicio «ley injusta» carece de sentido riguroso. Basta con que el legislador esté legítimamente investido de potestad, y con que se haya observado el procedimiento técnico de elaboración de la ley.

- El Ordenamiento jurídico es monista. No existen factores naturales que remitan a normas procedentes de Dios. El Derecho natural o no existe o no es Derecho. Esta nota es fundamental porque es la más característica, quizás, del positivismo. La doctrina suele destacar que bajo el manto positivista se arropan muchas teorías que, de suyo, son muy diferentes: No estoy muy seguro de ello, ni me parece convincente el reparo. No es posible descender a detalles, pero el rechazo de un legislador supremo -en que coinciden todas esas teorías que se quieren presentar como distintas- a todos homogeneiza. Claro que se puede ser más o menos extremista; cierto que hoy existe alto grado de consenso en aceptar lo que se ha dado en llamar objetivismo jurídico, a modo de conjunto de limitaciones a que estaría sujeto el legislador. Pero, a la postre, es la misma razón humana, según va dicho anteriormente, la que construye o trata de construir esos límites. El inmanentismo es nota común de todo positivismo.

### **3. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS**

#### **3.1. Conclusiones**

La ruptura de la unidad ideológica en Occidente se traduce en que resulta ya imposible convenir en un mismo fundamento para los derechos humanos, y no creo que pueda ponerse en duda que semejante desavenencia metajurídica reduce la virtualidad de aquéllos, o mejor quizás, introduce un alto nivel de inseguridad a la hora de precisar sus contenidos porque dependerán del bagaje ideológico del llamado a interpretar o aplicar un derecho humano en concreto.

En un intento de superar la dicotomía clásica en su fundamentación, esto es, de superar la alternativa iusnaturalismo o positivismo, algunos autores modernos proponen otros cimientos doctrinales para los derechos humanos. Así, TORRES DEL MORAL sostiene que el fundamento de aquéllos no es otro que la soberanía nacional, que descansan en unos valores que no pueden entenderse al margen de la Constitución<sup>29</sup>. Innecesario será decir que tal afirmación vale tanto como decir que el Tribunal Constitucional es quien define en última instancia el contenido de un derecho fundamental. Sobre esto ya se ha tratado en páginas anteriores. Tampoco está más acertado, a mi juicio, BALAGUER CALLEJÓN, cuando ve una fundamentación histórica en los derechos humanos: se remite a la conciencia histórica universal condensada y recogida en las declaraciones de derechos y textos constitucionales<sup>30</sup>. De nuevo, no existe la menor seguridad de que intérpretes con sistemas de ideas y creencias diferentes descubran la misma “conciencia en la Historia”. Por ejemplo, unos asegurarán que no puede dudarse de que la Historia pone de manifiesto la conciencia de defender la vida desde el mismo momento

---

<sup>29</sup> A. DEL MORAL. “Principios de Derecho Constitucional Español”. Madrid, 1998, pág. 252.

<sup>30</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN. “Derecho Constitucional”. Madrid, 1999, pág. 34.

de la concepción, porque así se ha pensado al menos desde comienzos del siglo IV -Edicto de Milán-; pero otros afirmarán que semejante consenso de siglos sólo ponía de relieve el error de muchos porque resulta que ahora se ha caído en la cuenta de que hay un derecho más importante que es el del “libre desarrollo de la personalidad” de la mujer que, en su sentir, prevalece sobre la vida de su hijo. Aparte de que, en rigor, la Historia no puede ser fundamento de pensamiento alguno sino más bien la constatación de que ha perdurado en el tiempo ese pensamiento, lo que deja intocado el asunto de por qué comenzó a pensarse así y no de otra manera. Más consistente me parece la opinión de FERNÁNDEZ GARCÍA, quien reconoce que la idea de naturaleza humana no es un concepto claro ni preciso sino ambiguo y equívoco. Prefiere hablar de derechos morales y apunta a la dignidad del hombre como su fundamento<sup>31</sup>. Pero no salimos de los problemas interpretativos: como se ha dicho, no será difícil convenir en que ciertos comportamientos son contrarios a la dignidad humana, pero ¿y los casos límites? Es que éste es el problema. De nuevo el ejemplo del aborto: ¿es o no contrario a la dignidad humana quitar la vida al *nasciturus*? ¿O depende de los casos? Y entonces, ¿qué casos son dignos y cuáles indignos? También el Papa FRANCISCO señala la dignidad del hombre como fundamento de los derechos humanos, pero a renglón seguido afirma que se refiere a la dignidad trascendente, cuyo origen es Dios<sup>32</sup>. ¿Es ésta la dignidad a que alude el autor antes citado?

En suma, lo que he pretendido mostrar a lo largo de estas páginas es que si a las dificultades que presenta la doctrina de los derechos humanos a la hora de precisar el contenido de aquéllos, cabalmente por las discrepancias ideológicas profundas entre sus formuladores, se añade las que derivan de su conceptualización como derechos subjetivos, y por ende, de necesaria configuración estatal y sujetos entonces, en su definición y contenido, al criterio del órgano que en cada país vele por la constitucionalidad de las normas jurídicas, es claro que estamos entregando la última palabra sobre lo que hay que entender o no por un derecho humano a un puñado de expertos, que podrán ser muy sabios pero que no pueden desprenderse en modo alguno de su particular ideología.

### 3.2. Sugerencias

No es nada sencillo resolver el problema de la fundamentación metajurídica de los derechos humanos y ése es el núcleo de la cuestión. Creo haber demostrado que sin consenso en ese punto es imposible evitar que el contenido de cada derecho venga determinado, a la postre, por un conjunto de juristas, que pueden ser sin duda prestigiosos, pero que, en ciertas materias, no pueden desprenderse de sus particulares creencias, aunque lo intenten. Afirmar que sobre temas tan sensibles

---

<sup>31</sup> E. FERNÁNDEZ GARCÍA. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, Anuario de Derechos Humanos, 1982, pág. 89.

<sup>32</sup> Papa FRANCISCO. Discurso al Parlamento Europeo del 25 de noviembre de 2014.

para la conciencia, para el sistema de ideas y creencias de cada cual, es posible interpretar las normas jurídicas reguladoras de aquéllos sin dejarse llevar de la propia opinión, es señal inequívoca, bien de estulticia, bien de astucia porque se quieren pasar de matute las propias creencias so pretexto de asepsia jurídica. Me parece mucho más honrado reconocer que ello es imposible, y poner entonces los medios, sea para evitarlo en la medida de lo posible, escasa, sea para que el interlocutor quede advertido y sepa valorar en su justa medida la interpretación “jurídica” ofrecida.

Hemos visto cómo la concepción positivista del Derecho no asegura mínimamente la neutralidad ideológica a la hora de precisar el contenido de los derechos humanos, convertidos en derechos subjetivos de configuración legal y sometidos, por ende, al supremo intérprete de los derechos fundamentales.

¿Aporta soluciones el iusnaturalismo? En este punto conviene -como siempre- decir la verdad, esto es, rechazar la tentación de lo políticamente correcto. Porque resultan ya tediosos los esfuerzos por navegar entre dos aguas, de algunos que no aceptan la etiqueta de positivistas pero tampoco se atreven a confesar abiertamente que creen en la Ley o Derecho Natural. Importa decir de una vez para siempre que durante los primeros dieciséis o diecisiete siglos de nuestra era, no se dudó de que existía una normatividad superior a la positiva y que se identificaba con el Decálogo, también llamado, a estos efectos, Ley Natural. Y el intérprete de ésta era la Iglesia Católica. De esta manera, con unas normas inequívocas y un intérprete autorizado de ellas, ciertamente la labor de fijación de lindes a la actuación del Poder civil no era sencilla, porque los intérpretes se las habían de ver con normas muy abstractas y generales, pero sin duda era más hacedera. La verdadera dificultad se encontraba más que en la labor en sí, en la aceptación de sus resultados por sus destinatarios: exigía en ellos fe religiosa. Por ello cuando comienza el progresivo distanciamiento de los intelectuales de la creencia religiosa, el iusnaturalismo empieza a perder seguidores y la teoría de la limitación del Poder ha de buscar nuevos fundamentos. Quien se declara iusnaturalista no puede hacerlo de manera vergonzante, no puede ocultar la remisión al Magisterio de la Iglesia Católica por considerar que eso es muy impopular. Será popular o no, pero los creyentes tienen la ventaja de contar con una instancia suprema que les dice lo que está bien y lo que está mal; que precisa, en fin, el contenido de un derecho humano, precisamente en los supuestos límites, en los que no hay acuerdo entre quienes rechazan aquel magisterio. Claro que esta solución vale sólo para creyentes pero tampoco ello debe ser motivo de vergüenza: a nadie se le impone. Pero sí es verdad que como en las sociedades occidentales ya no existe la unidad ideológica basada en el cristianismo, es menester esforzarse por hallar otras sendas que puedan recorrerse con provecho. Para el iusnaturalista, en el sentido verdadero que acabo de indicar, cualquier otra solución no puede ser plenamente satisfactoria, pero puede mejorar la situación actual que me parece exageradamente positivista.

A mi juicio, dos serían las actuaciones que mejorarían la defensa y amparo de los bienes jurídicos que quieren protegerse con los llamados derechos fundamentales o humanos.

En primer lugar, deberían quedar en las constituciones únicamente los llamados derechos humanos de la primera generación o políticos, esto es, aquéllos que sólo exigen del Estado una omisión para su satisfacción. Estos sí pueden construirse con mayor comodidad como derechos subjetivos: aceptable determinación a priori de su contenido; identificación inequívoca del obligado; posibilidad real de ser amparados por los tribunales ordinarios. Pero todos los demás derechos cuyo cumplimiento exija una prestación positiva del Estado deberían salir del marco constitucional y reconocerse y regularse por leyes ordinarias. De este modo, se confiaría a los tribunales de justicia la interpretación y aplicación de las leyes aludidas. Se ampliaría así el número de intérpretes y aplicadores jurídicos, en una suerte de democratización que estimo preferible a la reserva de tan grave cuestión a un tribunal de doce magistrados. Claro que existe un Tribunal Supremo, pero no es lo mismo, ni por el número de sus componentes, ni por la movilidad de ellos, ni por las posibilidades reales de que los asunto lleguen a ese nivel judicial, ni por el grado de politización de los magistrados, etc., etc. Pero es que además, la jurisprudencia podría configurar la protección de estos bienes como Principios generales del Derecho, con evidentes ventajas, la más relevante de las cuales sería extender su manto protector a mayor número de beneficiarios por cuanto la aplicación de un principio general no exige en el beneficiario personalidad jurídica, como ya quedó señalado más arriba.

La segunda medida que se sugiere es la limitación del objeto del derecho de amparo. Ahora ya se va conviniendo -aunque sea por razones utilitarias ante la acumulación insoportable de trabajo en el Tribunal Constitucional-, en que cometió éste un grave error al interpretar de forma tan desmesurada su propia competencia, otorgando al recurso de amparo una amplitud objetiva realmente excesiva. So pretexto de interpretar los artículos 14 a 29 de la Constitución, lo que viene haciendo el Tribunal es imponer interpretaciones de la legalidad ordinaria conformes a su opinión, cuando cabían en la Constitución varias interpretaciones y lo razonable y lo exigido por la propia Constitución (artículo 117 y concordantes) es dejar la cuestión a los tribunales ordinarios. El recurso de amparo debe limitarse a los casos en que el justiciable no obtiene justicia en los tribunales (doctrina del *non liquet*) por la razón que sea. Pero no hay la menor explicación racional para negar a los jueces competencia para resolver en materia de los llamados derechos fundamentales. El tema da para más obviamente pero no es posible extenderse y además nos alejaría del objeto principal de reflexión. De todos modos, no me resisto a recordar que la expresada reivindicación a favor de los jueces ordinarios ha encontrado ya acomodo en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (redactado según Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo) y en el concordante artículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (según redacción de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre) que prevén el llamado incidente excepcional de nulidad de actuaciones para denunciar vulneraciones de los derechos fundamentales aludidos en el artículo



53.2 de la Constitución, de suerte que se encomienda a los tribunales ordinarios la tutela de aquellos derechos. Sin duda, en mi opinión, es un primer paso en la senda correcta.

## BIBLIOGRAFÍA

F. BALAGUER CALLEJÓN. “Derecho Constitucional”. Madrid, 1999.

J. E. BUSTOS PUECHE: “*Consideraciones sobre la llamada Metodología Jurídica*”: en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo; tomo I, Madrid, 2003. “¿Existen instituciones en la Constitución que limiten al legislador ordinario?” Rev. Derecho Privado, septiembre.-octubre. 2006.

CHASER MADAR: “¿Cuál es el problema con los derechos? Mary Ann Glendon desafía los valores políticos supremos de Estados Unidos”. The American Conservative, 12 de abril de 2012. Traducción del profesor P. TENORIO SÁNCHEZ.

F. DE CASTRO: “*Derecho Civil de España*”, Madrid, 1984.

B. DE CASTRO CID: “Biotecnología: la nueva frontera de los derechos humanos”. En el libro homenaje al Prof. García San Miguel. Universidad de Alcalá, 2002.

L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN: Sistema de Derecho Civil, I, Madrid, 1990.

R. DOMINGO: “*Auctoritas*”. Barcelona, 1999.

A. D’ORS, “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius”, en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980.

A. FERNÁNDEZ-GALIANO, Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid, 1963.

E. FERNÁNDEZ GARCÍA. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, Anuario de Derechos Humanos, 1982.

A. FOLGADO, “Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo”, San Lorenzo de El Escorial, 1960.

Papa FRANCISCO. Discurso al Parlamento Europeo del 25 de noviembre de 2014.

E. A. GALLEGO. “Tradición jurídica y derecho subjetivo”. Madrid, 1999.

J. HERVADA, “Lecciones de Filosofía del Derecho”, Pamplona, 1991. Historia de la Ciencia del Derecho Natural, Pamplona, 1987.

STO. TOMÁS, Summa Theologica, I-II.

J. B. VALLET DE GOYTISOLO, “Metodología jurídica”, Madrid, 1988.

M. VILLEY en “*Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*”. Chile, 1976.