

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Con la colaboración de

RAFAEL DE ASÍS ROIG y MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

LECCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

DYKINSON

b) Es una terminología reciente, de origen académico, ajena a la cultura jurídica continental, procedente de la anglosajona, con un uso del término «*right*» más libre y autónomo de «*Law*», que los sinónimos de las lenguas continentales lo están de términos como «*Derecho*», «*Recht*», «*Diritto*» etc., y que prescinde de las dimensiones jurídicas de los «derechos humanos». Una cosa es rechazar el positivismo ideológico y la reducción de los derechos a aquellos creados por el poder, y otra muy distinta es despreciar al Derecho de los derechos fundamentales como elemento indispensable para su comprensión. Para eso más vale utilizar la terminología «derechos humanos» que al menos tiene la virtud de su uso generalizado.

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

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

e) Finalmente, el uso del término «derechos morales», supone partir de un prejuicio no justificado y llegar a unas consecuencias no deseables, en ambos casos prisioneras de unas palabras que no son inocentes. El prejuicio no justificado es suponer que sólo se puede evitar en este campo el positivismo ideológico, especialmente peligroso en las sociedades democráticas donde rige el prin-

cipio de las mayorías, con el uso de la expresión «derechos morales». Precisamente el campo de los «derechos humanos» es expresión de otras posibles formas de conexión entre Derecho y moral que evitan la confusión que suscita la expresión «derechos morales». El fenómeno de los «derechos humanos» está más próximo a la idea de un Derecho moralizado, es decir, al que se incorporan dimensiones de moralidad, la moralidad legalizada, que a la de una moral que usa conceptos contruidos por el Derecho sin querer dejar el ámbito de la moral, como las que podían desprenderse del uso de la expresión. Las consecuencias no deseables están en la quiebra de un viejo principio, raíz de la Ilustración, base de la tolerancia y de la libertad, y punto de partida histórico de los propios «derechos humanos», la distinción entre Derecho y moral, que vino a superar el dogmatismo y la tentación de la imposición por la fuerza de las verdades morales. La distinción no es separación, y se puede concebir una moralidad que genere unas pretensiones morales con vocación de incorporarse al Derecho positivo, puente entre la ética y el Derecho, que explican la génesis real de los «derechos humanos», sin acudir a ese término. La insistencia en su uso puede llevar a la idea de que estamos ante algo más que una mera disputa verbal. En todo caso, aunque sea ir contra corriente, parece preferible mantenerse en una terminología más acorde con la tradición de nuestra cultura jurídica.

1.6. Derechos fundamentales

Hasta ahora hemos analizado aquellos términos que se utilizan con la pretensión de abarcar el fenómeno de los derechos en su integridad. Existen otros términos, como derechos sociales, derechos individuales, derechos civiles, derechos políticos o derechos ciudadanos o del ciudadano, que se usan habitual-

mente en el lenguaje natural, y con los que se trata de hacer referencia a una parte de lo que aquí se consideran como derechos fundamentales.

La expresión «derechos fundamentales» se presenta como la más adecuada para hacer referencia a los derechos que aquí estamos estudiando, por las siguientes razones:

- a) Es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone.
- b) Puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.
- c) Es más adecuado que los términos «derechos naturales» o «derechos morales» que mutilan a los derechos de su faceta jurídico positiva, o dicho de otra forma, que formulan su concepto sin tener en cuenta su dimensión jurídico positiva. Las tradiciones lingüísticas de los juristas atribuyen al término «derechos fundamentales» esa dimensión vinculándola a su reconocimiento constitucional o legal.
- d) Es más adecuado que los términos «derechos públicos subjetivos» o «libertades públicas» que pueden perder de vista la dimensión moral, y ceñir la estipulación del sentido a la faceta de la pertenencia al Ordenamiento. Su proximidad con el término «derechos humanos», salvando su ambigüedad, permite usar «derechos fundamentales» abierto a esa primera e imprescindible dimensión ética que se pierde con una excesiva orientación constitucionalista o administrativa a la que se reduciría la idea de los derechos con la terminología «libertades públicas» o «derechos públicos subjetivos».

En conclusión, parece que el término «derechos fundamentales», es conveniente para identificar al fenómeno de los derechos, aunque no queramos entrar en disputas verbales sin

sentido ni favorecer ningún tipo de sustancialismo lingüístico. Con estos matices usaremos la expresión que aparece ya en el propio título de esta obra: «Lecciones de Derechos Fundamentales».

2. FUNDAMENTO Y CONCEPTO: UNA VISIÓN INTEGRAL Y SUS CRITERIOS

En este punto se trata de explicar la raíz y en todas las dimensiones posibles el origen histórico, el fundamento, la estructura y la función en la sociedad, en el Poder político y en el Derecho de la idea de derechos fundamentales.

Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el Derecho positivo. La justificación de la pretensión moral en que consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el Derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad.

Se deben abarcar ambas características para alcanzar la comprensión de los derechos fundamentales. Utilizamos el término derechos fundamentales que parece más integrador; que evita las visiones parciales tanto en la metodología, como en los contenidos. Las evita, o intenta hacerlo en la metodología, esforzándose en superar la dialéctica iusnaturalismo-positivismo, y en los contenidos poniendo de relieve la necesaria complementariedad y la coherencia interna de las aportaciones liberal, democrática y socialista, es decir, de los derechos como no interferencia, como participación y como prestación.

El fundamento responde al «por qué» de los derechos fundamentales y se sitúa principalmente en el primer rasgo señalado, la pretensión moral justificada, y el concepto, en una visión dinámica y no solamente estática, aunque la presuponga, responde al «para qué» de los derechos fundamentales, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa

pretensión moral en el Derecho positivo. La comprensión se produce con una respuesta adecuada al por qué y al para qué de los derechos.

Aproximaciones exclusivas desde el pensamiento jurídico y más concretamente desde alguna de las ramas del Derecho estatal o del Derecho internacional, describiendo las fuentes, las garantías y técnicas de protección, las clasificaciones de las normas que recogen derechos fundamentales etc, y que se agotan en el Derecho positivo, sin ahondar ni en los fundamentos ni en los orígenes, sólo describen la función de los derechos, el «para qué» pero no el «por qué». En posiciones extremas ese desinterés por la fundamentación se puede convertir en confusión de la función con la fundamentación, cuando se vacía de contenido a los derechos y se les reduce a una técnica de control social, como sucede con Luhmann, que transforma a los derechos fundamentales en una técnica operativa, imprescindible para la dinámica del sistema y desprovista de cualquier connotación ética. Los derechos son una fuerza sin conciencia.

Otras aproximaciones circunscriben el análisis para la comprensión de los derechos al punto de vista de la filosofía moral o de la teoría de la Justicia, con razonamientos abstractos. Sostienen por una parte, que el fundamento de los derechos fundamentales es alcanzable sólo por la razón y que comprensión y fundamentación son sinónimos. Consideran instrumental y poco relevante la función de los derechos. Excluyen el «para qué» y se centran sólo en el «por qué». Confunden la fundamentación con la función, y la fundamentación es abordada desde una perspectiva racional y abstracta, en una tradición que desde Descartes desconsidera a la historia. Al apartar su dimensión diacrónica se propugna una fundamentación válida para cualquier tiempo histórico. Los derechos son un espíritu sin fuerza.

La comprensión de los derechos fundamentales pretende superar estos reduccionismos fundamentalista y funcionalista, y supone una actividad intelectual integradora de lo que llamo Filosofía de los derechos y Derecho Positivo. Es un punto de encuentro entre Derecho y moral, quizás el más relevante de to-

dos, mediado como veremos por el Poder, y que se sitúa en el Derecho en el nivel superior del Ordenamiento y en la moral plantea los problemas centrales.

La fundamentación está en el nivel moral y el concepto especialmente en el jurídico. Ninguna de las dos construcciones se puede considerar aisladamente, ni se agota en sí misma. Su inseparable conexión se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero no son tales sin pertenecer al Ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad y juridicidad o moralidad legalizada forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales.

No tendrá sentido, en este planteamiento, hablar de la fundamentación de un derecho que no sea luego susceptible en ningún caso de integrarse en el Derecho positivo. Tampoco tendrá sentido hablar del concepto de un derecho, al que no se le pueda encontrar una raíz ética vinculada a las dimensiones centrales de la dignidad humana. De este modo, si llegamos a la conclusión de que una pretensión justificada moralmente, y con una apariencia de derecho fundamental en potencia, de esas que algunos autores llaman «derechos morales», no se puede positivizar en ningún caso (por razones de validez o de eficacia), no podríamos considerar esa fundamentación relevante.

En los derechos fundamentales el espíritu y la fuerza, la moral y el Derecho están entrelazados y la separación los mutila, los hace incomprensibles. Los derechos fundamentales son una forma de integrar justicia y fuerza desde la perspectiva del individuo propio de la cultura antropocéntrica del mundo moderno.

En el horizonte de la comprensión de los derechos fundamentales, moral y Derecho aparecen conectados por el Poder. Los derechos fundamentales que se originan y se fundan en la moralidad y que desembocan en el Derecho, lo hacen a través del Estado que es punto de referencia de la realidad jurídica a partir del Tránsito a la Modernidad. Sin el apoyo del Estado esos valores morales no se convierten en Derecho positivo, y por con-

siguiente, carecen de fuerza para orientar la vida social en un sentido que favorezca su finalidad moral.

En el mundo moderno una determinada concepción de la moralidad, una moral humanista de la libertad y de la dignidad, y una concepción política, también propia del mundo moderno que asume esos valores morales y los convierte en valores políticos, los propios de una democracia pluralista, de un Estado social y democrático de Derecho, coinciden en un Ordenamiento cuyos valores jurídicos son los derechos fundamentales, pero que no se entienden desvinculados de los valores morales y políticos que los justifican. Son moralidad legalizada.

Cuando esa moralidad, pudiendo incorporarse al Derecho positivo, no lo está en un momento histórico, estamos ante la moralidad crítica, ante pretensiones morales justificadas que constituyen la filosofía de los derechos fundamentales y que presiona, a través de los ciudadanos y de sus organizaciones para que el Estado la asuma formando parte de su Derecho positivo. También se puede incorporar a través de las decisiones de los jueces al interpretar temas de derechos fundamentales en zonas de textura abierta o de penumbra, aunque siempre desde el problema y no de forma sistemática. El Tribunal Constitucional, en recursos de inconstitucionalidad, puede completar, desde dimensiones sistémicas, derechos fundamentales al recoger pretensiones morales, convirtiendo esa moralidad crítica en legalizada. Incluso en recursos de amparo la resolución reiterada en el mismo sentido de casos concretos puede tener un efecto sistémico similar. Cuando ese proceso culmina estamos ante los derechos fundamentales. Hay que decir también que un derecho fundamental, como toda norma de Derecho positivo, no se termina cuando alcanza ese status jurídico, sino que entra en una dinámica de desarrollo, de interpretación y de aplicación que afecta al propio sentido y a la función de tal derecho. La acción de los operadores jurídicos, en el desarrollo legal, reglamentario o judicial de los derechos forma parte también del ámbito de interés de la comprensión de los mismos en el análisis de su función.

Con todo lo anterior, se puede entender mejor el desarrollo de las primeras lecciones del libro y sus puntos principales, la historicidad y la racionalidad, las dos dimensiones necesarias para entender el «por qué» de los derechos, es decir, su fundamentación y la positividad como respuesta a la función de los derechos, es decir, su «para qué». Entre ambas es necesaria una reflexión sobre la mediación del Poder, que convierte a los principios morales en principios políticos, es decir, que convierte al «por qué» teórico en «por qué» operativo, y que les dirige hacia su «para qué», al incorporarlos al Derecho positivo.

La aplicación de criterios racionales para construir el modelo de fundamentación de los derechos, es decir, para entender la moralidad de los derechos fundamentales, o a éstos en su dimensión de pretensiones morales justificadas, se hace sobre una base histórica y no abstracta, desde una razón histórica, o situada en la historia.

En el estudio de la aparición histórica de los derechos iremos descubriendo las racionalidades parciales que justifican los elementos que, considerados en su conjunto, constituyen esa realidad cultural que llamamos derechos fundamentales. Los que reflexionaron sobre ellos, estaban condicionados por un punto de vista situado en la historia, lo cual no es incompatible con que unos fueran más clarividentes que otros y acertasen más en la definición del fenómeno. Locke, Mill o Bernstein hicieron una aproximación más certera, a mi juicio, que De Maistre, Gregorio XVI, o Lenin. Nosotros también estamos situados, es decir, vemos el problema desde un momento histórico y con un punto de vista limitado, aunque tenemos a nuestro favor el ser conscientes de esa limitación y haber adoptado un método que, partiendo de ella, intenta aprovechar al máximo las posibilidades de comprensión del por qué y del para qué. Aún así, sólo tenemos certeza del pasado pero no podemos tener certeza del futuro, porque no cabe la historia profética. Sin embargo, sí podemos ensayar una prolongación prospectiva y la síntesis de una reflexión sincrónica con la ordenación de esas racionalidades parciales que pueden encontrarse en el proceso de reconstrucción histórica de los derechos.

En las posturas que sostienen la racionalidad abstracta, influye una tendencia a legitimar las conquistas históricas absolutizando la racionalidad que se puede descubrir en ellas. Es sustituir a la historia por la racionalidad. Hay que hacer el camino inverso y conectar esa racionalidad con la historia, aunque sin caer en el otro extremo, disolviéndola en pura historia (plantamiento historicista), sino situándonos en un punto medio en que ambas se encuentran. Es el equilibrio entre una historia que alumbra dimensiones culturales, que tienen racionalidad, y una racionalidad de realidades culturales, que tienen una historia, es decir, que se explica y arranca desde su dimensión histórica.

No seríamos coherentes con nuestras premisas, si pretendiésemos absolutizar las conclusiones y sostener que nuestra abstracción es definitiva. Supone un esfuerzo de racionalización, que es también histórico y consiguientemente sujeto a las rectificaciones y correcciones. Así, me parece que ni nos conformamos con un relativismo de partida, que lleve a la conclusión de que con este esfuerzo no se llega a ningún sitio; ni nos tranquilizamos con una abstracción explicadora definitiva, que lleve a la conclusión de que nuestro viaje ha llegado a su meta, que no queda nada más que decir, y que hemos vaciado a las generaciones futuras de cometidos en la búsqueda del fundamento y del concepto de los derechos. Creo que podemos descubrir los hilos conductores de los derechos en esta compleja operación de síntesis, donde la racionalidad se hace desde la historia, aunque nunca como sistema cerrado.

El «por qué» de los derechos, es decir, el fundamento, aparece con mayor consistencia con la comprensión de las causas y de las motivaciones que podemos encontrar en la historia, y se situará especialmente en el ámbito de la moralidad. El fundamento o por qué de los derechos pertenece a esa dimensión que pretende la realización integral de la persona humana en la vida social, a través de sus fines últimos, de la búsqueda de la felicidad, de su independencia, es decir, de lo que entendemos como objetivos de la moralidad, desde una cultura moderna influida por los pensamientos liberal, democrático y socialista.

El análisis histórico confirma que el desarrollo de la dignidad humana en que consisten los derechos fundamentales arranca de cuatro valores, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que aparecen en el fundamento de algunos derechos mezclados, coincidiendo en su justificación. Así, en unos casos encontramos la libertad y la igualdad, en otros a la libertad y la seguridad, a la libertad y la solidaridad, a la solidaridad y la igualdad, y por fin en otros, a la solidaridad y a la seguridad jurídica, como en derechos como la protección de la salud, o de la seguridad social.

Estos cuatro valores que prolongan en la vida social, a través de los derechos fundamentales, la idea de dignidad humana, no actúan de manera homogénea, sino que se orientan a dimensiones materiales, formales y relacionales; aunque nunca de manera pura, sino integrados o mezclados a veces entre ellos.

Tanto en el análisis histórico como en la reflexión teórica, el primer valor que aparece por su importancia es el de la libertad, que encontramos en muchos discursos doctrinales desde el humanismo y el iusnaturalismo racionalista, con raíces tan antiguas como el pensamiento humano, y que cumpliría el papel, a mi juicio, de valor central, del que derivan y se explican otros, por su mayor proximidad con la misma idea de moralidad. En efecto no es descabellado sostener y entre las aportaciones históricas esa argumentación aparece reiteradamente, que alcanzar la libertad moral, sinónimo de autonomía y de independencia, respecto a los demás, en la realidad social, cultural, económica y política es el fin de la vida humana. El centro del consenso de los derechos será encontrar una libertad social y jurídica que facilite la libertad moral. En los orígenes de los derechos, la tolerancia tiende a proteger a la libertad de la conciencia, e incluso, derechos tan específicos como las garantías procesales tienen como objetivo último la libertad.

La libertad tiene un papel central que conecta con el sentido último de la moralidad, que es dinamismo como veremos desde la libertad psicológica a la libertad moral, y que se sirve de la libertad social, política y jurídica, la que es fundamento de

los derechos, como medio para hacer posible en la vida social ese dinamismo que lleva a su objetivo de la libertad, la autonomía o la independencia moral. Podemos considerarla como un valor material que incide en los contenidos del Derecho, a través de los derechos fundamentales y como principio de organización. Hay que distinguir libertad psicológica de libertad moral y de libertad social política y jurídica, que se sitúan en el campo antropológico, ético y político jurídico respectivamente, pero los tres aspectos están articulados y conectados y de ahí deriva el básico cometido que corresponde a la libertad en el fundamento de los derechos fundamentales.

Desde la libertad se justifica la igualdad, que desde mi punto de vista, sería un complemento de la libertad, en cuanto pretende la generalización de ese valor para que todos puedan ser realmente libres en la vida social. Hay muchos elementos en la historia de los derechos fundamentales que justifican hablar de libertad igualitaria, e incluso en dimensiones básicas de la vida humana, si la libertad no es igualitaria no es libertad. Una consideración abstracta de la libertad que no tenga en cuenta que existen necesidades básicas que si no se cubren impiden al ser humano concurrir en la carrera de la libertad, es como argumentar en el vacío.

La igualdad material representa asimismo un valor que incide en los contenidos del Derecho y no sólo en los procedimientos y, en la fundamentación integral de los derechos, realiza, como todas las aproximaciones históricas intuyen, una función de apoyo al valor libertad, para que ésta sea lo más profunda posible y pueda abarcar al mayor número de personas. La igualdad material, aparece a partir del siglo XIX, como consecuencia de la desigualdad y de la discriminación que impide a muchos participar de la libertad social, política y jurídica, y consiguientemente pretende alcanzar la libertad o autonomía moral y exige una acción positiva de los poderes públicos para satisfacer necesidades básicas, que el juego del mercado y de la autonomía de la voluntad no proporcionan. No es un fin en sí misma, sino un medio para llegar a la libertad para todos.

Además de la igualdad, y creo que también con un engarce privilegiado con el valor central de la libertad, aparecen como fundamento de los derechos los valores de seguridad jurídica y de solidaridad.

Desde el punto de vista cronológico, la seguridad jurídica es un valor moral prioritario. Es, en muchos casos, el motivo central del pacto que justifica la aparición de la sociedad y del poder, fundamentalmente en el mundo moderno, y el instrumento necesario para que otros valores menos accesorios como la libertad sean posibles, con lo que aparece clara su conexión. Algunos pensarán que la seguridad es demasiado instrumental para poder situarla en el plano de la moralidad. Sin embargo, me parece que es una corriente muy amplia la que reconoce el valor eminente de la seguridad jurídica como condición de la convivencia. En ese sentido, no es posible el desarrollo moral de la persona sin la existencia de condiciones seguras, y eso sitúa a la seguridad en el núcleo de exigencias mínimas para que una sociedad sea viable.

La seguridad es un valor formal o procedimental, que incluye a la llamada igualdad formal, y que pretende, en relación con el Poder, con el Derecho y con la sociedad, unas condiciones de paz que la libertad necesita para enraizar. Está en la base de muchos derechos que pretenden crear en el individuo elementos de estabilidad, de sosiego y un ámbito sin interferencias.

Finalmente, se puede hablar de la idea de solidaridad o de fraternidad, de honda tradición ética desde Grecia hasta nuestros días, como valor que está en la raíz de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales y también de nuevos derechos como los referidos al medio ambiente. Creo que, en su visión moderna y secularizada, distinta de la de los antiguos, más vinculada a dimensiones religiosas, la solidaridad de los modernos se incorpora como valor moral al fundamento de los derechos, a partir de la aparición de la economía política y de la potenciación de tesis aislacionistas y egoistas, de defensa de derechos no igualitarios, como el de propiedad por los fisiócratas, de la teorización de la discriminación y de la lucha por la

existencia con Malthus y con otros autores posteriores. Detectamos el valor solidario a partir sobre todo del siglo XIX, con algunos precedentes en el siglo XVIII desde posiciones democráticas radicales o socialistas. Se presenta como antítesis de un liberalismo individualista que pretende arraigar unos derechos en una sociedad capitalista de mercado, donde los seres humanos sólo se comunican a través del contrato. En el siglo XIX, por ejemplo en la Francia de las sociedades republicanas y del romanticismo social, tiene aún un trasfondo religioso, aunque en su versión moderna aparece secularizado, como exigencia moral para crear unas relaciones de convivencia más integradas, más comunitarias, donde la libertad sea menos aislacionista y más comunicativa.

La solidaridad es un valor relacional porque pretende facilitar la comunicación social, superando el aislacionismo egoísta y vivificar a la libertad, a la igualdad y a la seguridad. El hombre libre, igual y seguro, puede vivir aislado y la solidaridad impulsa relaciones de integración, más allá de las de mera coordinación, y dota a la condición humana de unas dimensiones comunitarias, de amistad cívica y de fraternidad que dan un sentido distinto a los derechos fundamentales y a su contribución al desarrollo de la moralidad.

La estipulación de sentido al concepto de libertad como raíz de los derechos fundamentales y a los matices que producen conceptos como la seguridad, la igualdad o la solidaridad, es el contenido que culmina las lecciones del libro con la que se pretenden esclarecer la fundamentación de los derechos. Si utilizásemos la trílogía entre justicia, validez y eficacia del Derecho y la aplicásemos a la comprensión de los derechos fundamentales, este estudio se refiere a la justicia, mientras que el referido a la positividad afecta a la validez y a la eficacia, para mí inseparables desde una posición de normativismo corregido.

La eficacia de la moralidad de los derechos fundamentales se realiza a través del Derecho. Las funciones que desempeñan los derechos no se logran con consejos o prédicas, ni con buenas intenciones; es necesario poner a su servicio al sistema nor-

mativo, apoyado en el aparato coactivo del Estado para aquellos que no consideren entre sus objetivos el respeto a los derechos. La dimensión jurídica no es un añadido a unos derechos que son autosuficientes sólo con su aspecto ético, sino que es un elemento inseparable para la misma existencia de éstos. La identificación de los derechos, lo que he llamado su comprensión, no se agota en la respuesta al por qué, sino que exige, sin duda, la respuesta al para qué, y ésta sólo se puede dar desde el Derecho positivo.

El análisis histórico nos aporta también elementos para estudiar el objetivo que cumplen los derechos, su función en las sociedades posteriores al tránsito a la modernidad, esto es, su «para qué». Bobbio en la introducción de *El tiempo de los derechos*, deducirá de sus estudios históricos la función de los derechos con este planteamiento: «... Los derechos... nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que sigue inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre para dominar la naturaleza y a los demás hombres, crea nuevas amenazas a la libertad del hombre o consiente nuevos remedios a su indigencia; amenazas que se contrarrestan con demandas de límites al poder; remedios que se utilizan con la demanda al mismo poder de intervenciones protectoras. A las primeras corresponden los derechos de libertad o a un abstenerse del Estado, a las segundas, los derechos sociales o a un comportamiento positivo del Estado...», y añade más adelante que en relación con los poderes constituidos las demandas son en resumen sólo dos, «... o impedir maleficios del poder u obtener sus beneficios...».

Sin embargo, este análisis de Bobbio sobre para qué sirven los derechos me parece lúcido y brillante, pero insuficiente. No creo que las funciones de éstos sean sólo dos, limitar al Poder y reclamar beneficios al Poder; o dicho de otra manera, no creo que los derechos sean sólo derechos como no interferencia y como prestación. Además de limitar al Poder, el análisis histórico nos muestra cómo el objetivo de algunos derechos es el de compartir el Poder, de extender al mayor número de personas

posibles la cuota de poder, reservada hasta entonces a una minoría. En este caso, el Poder no es sólo algo externo a detener, sino algo a lo que nos queremos incorporar, y sumar nuevas voluntades a la formación de la voluntad del Poder. Son los derechos participación. Esta segunda función de compartir el Poder se dará inicialmente en relación con el político, y nos encontraremos con los derechos de participación política, como el de sufragio universal, pero se extenderá también al Poder económico y cultural, con los derechos económicos, culturales y sociales.

Así, la función que añadimos de compartir el Poder, modificará el sentido de la segunda que formula Bobbio de obtener los beneficios del Poder. No podemos entenderla como si el Poder fuese totalmente exterior al individuo que solicita los remedios de intervenciones protectoras, sino en una situación de tendencia similar a los de los derechos políticos, donde los destinatarios de los actos del Poder, son a la vez partícipes en la formación del mismo. Si la tendencia histórica marcada con la función que añadimos de compartir también Poder económico y cultural, se consolida, podremos decir completamente, y se puede decir en parte ya en la actualidad, que los destinatarios de los beneficios del Poder participan también en la formación de los criterios para su constitución, supliendo el monopolio de la cultura, e incluso de la riqueza que los genera, con la valoración del trabajo y no sólo del capital.

Los derechos fundamentales son una realidad cultural de la vida social y por consiguiente persiguen la eficacia en la realización de sus objetivos lo que les vincula con la realidad del Poder, aunque surjan para limitarlo, con un Poder institucionalizado, es decir, que es capaz de asumir esos valores morales que fundamentan la idea de derechos, y convertirlos en valores políticos, en objetivos o fines de ese Poder político, que libera y orienta la vida en una sociedad determinada. Normalmente, el consenso moral se convierte en valores políticos de un determinado Poder, por la presión social, por la reflexión de sus teóricos y doctrinarios y por la acción práctica de legisla-

dores, jueces funcionarios o ciudadanos que deciden esa incorporación, lo que supone en algún momento actos de voluntad.

El Poder como hecho institucionalizado, con fines y con valores políticos, es el gozne de integración entre la moralidad y la juridicidad, entre el por qué de los derechos y el para qué.

Con la positivación se estudia en primer lugar el papel del Poder político, que es siempre Poder democrático (único susceptible de interiorizar los valores morales que se pretenden), y se matiza lo que se entiende por ese término que he llamado «Hecho Fundante Básico» (que no es una realidad bruta, no es una fuerza, sino una realidad institucionalizada y abierta a valores). En todo caso la mediación del Poder democrático entre la moral y el Derecho, es una de las claves del concepto de derechos fundamentales. Veremos como a través de la comunicación entre los ciudadanos, instituciones, grupos de presión, sectores en los que se reside la fuerza, funcionarios, etc, se genera un consenso sobre los valores en una deliberación consciente, a través de las publicaciones, de la discusión, del magisterio, del disenso frente a situaciones anteriores, siempre dinámico, que cristaliza en una cultura política de este tipo específico de Poder que se transmite a las generaciones posteriores por la enseñanza y por los demás medios de socialización. No es tampoco una cultura política estática, sino que se enriquece con las aportaciones sucesivas que la identifican en cada tiempo histórico. Un estudio pormenorizado de la historia permitirá comprender la génesis del Poder político democrático y su conexión con los derechos fundamentales, aunque en este trabajo sólo podamos presentar los modelos utilizados que la historia permite ver pormenorizadamente.

En las dimensiones internas o propiamente jurídicas, la positivación supone el estudio del Derecho objetivo de las normas del ordenamiento que son exigencias para la juridificación de las pretensiones morales. Se completa con la posibilidad de atribución individualizada a las personas o a los grupos en que és-

tas se desarrollan, de derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que son las formas en que se plasman en el Derecho.

Así, en el ámbito propiamente jurídico, el concepto de los derechos puede expresarse desde dos puntos de vista, el objetivo, que coincide con su función como normas que forman parte del sistema de identificación del Ordenamiento y el subjetivo, que coincide con su función de derechos cuya titularidad se atribuye por el Derecho positivo a las personas y a los grupos en que estas personas estén, y que son elementos esenciales para conseguir en la vida social la libre elección de planes de vida, el ejercicio de la moralidad privada.

Desde el primer punto de vista, los derechos fundamentales son el conjunto de normas de un Ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad humana, que forman parte de la norma básica material de identificación del Ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima al Estado Social y democrático de Derecho.

Desde el punto de vista subjetivo se les puede definir como aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el Ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.

Si por razones técnicas las pretensiones morales justificadas no pueden convertirse en normas o no pueden ser atribuidas a personas o grupos, en las maneras antedichas, como sería el caso de la desobediencia civil, no estaríamos ante un

derecho fundamental, con lo que rechazamos la posibilidad de derechos humanos, derechos naturales o derechos morales (que a estos efectos son lo mismo), no juridificables.

La teoría dualista acabaría en este análisis. Sin embargo, hoy considero necesario completarla, extendiendo la positividad a las dimensiones de la eficacia, es decir, al análisis de la realidad, con lo que supone de obstáculos o impedimentos para la implantación real de las pretensiones morales convertidas en Derecho de los derechos fundamentales. La justicia y la validez necesitan de la eficacia. Es principalmente el tema de la escasez, que repercute en la posibilidad de un contenido igualitario de los derechos, y consiguientemente más en su justicia que en su validez. La escasez afecta a la posibilidad de considerar a la pretensión moral de que se trate como generalizable, es decir, como convertible en ley general. Cuando hablamos aquí de escasez lo hacemos en sentido fuerte, es decir, como bienes que no pueden en ningún caso repartirse, por que ese reparto nunca alcanza a todos. La suma total de esos bienes no se puede dividir para que todos puedan participar de alguna manera en ella. Sin embargo, se utiliza escasez en otro sentido, donde cabe un reparto que alcance a todos. Incluso muchos derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación, a la salud o a la vivienda, tienen su razón de ser precisamente, en una acción positiva de los poderes públicos para repartir una escasez, que los particulares, titulares de los derechos no podrían alcanzar con la Ley del mercado. La escasez que impide la existencia de un derecho fundamental es la primera, y no la segunda, y es sólo a ella a la que nos referimos aquí.

Probablemente estos sucesivos pasos nos pueden llevar a una cabal comprensión de los derechos fundamentales, desde el análisis y la síntesis de su por qué y de su para qué, y nos permiten distinguir sus tres perspectivas igualmente imprescindibles si no queremos incurrir en un reduccionismo de esa comprensión.

Así los derechos fundamentales son:

1) **Una pretensión moral justificada**, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, es decir la dignidad humana, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.

Para hablar de pretensión moral justificada es necesario que, desde el punto de vista de sus contenidos sea generalizable, susceptible de ser elevada a Ley general, es decir, que tenga un contenido igualitario, atribuible a todos los destinatarios posibles, ya sean los genéricos «hombre» o «ciudadano» o los situados «trabajador», «mujer», «administrado», «usuario o consumidor», «discapacitado», «niño», etc. Esta exigencia se comunica con la tercera de las condiciones para la existencia de un derecho fundamental, de carácter fáctico, propio de la realidad social, con lo que aparece aquí el viejo tema del condicionamiento de la superestructura por la infraestructura, o de la moralidad por la realidad, tal como lo entendía el marxismo ortodoxo, que en alguno de sus análisis parciales, sería precipitado enterar definitivamente. Esta exigencia excluye al derecho de propiedad como derecho fundamental.

2) **Un subsistema dentro del sistema jurídico**, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos.

Esta segunda exigencia excluye el llamado derecho a la desobediencia civil como derecho fundamental, porque sería una contradicción lógica juridificar la posibilidad de destrucción del Derecho, y lo sería mucho más el llamado derecho de re-

sistencia o de rebelión, tanto desde el punto de vista del Derecho objetivo, su inclusión como norma, como desde el derecho subjetivo atribuible a las personas o a los grupos. Son hechos, derivados, en muchos casos de pretensiones morales justificadas, ante los que se encuentra el Derecho y que en una sociedad democrática no pueden ser tratados como los comportamientos de los delinquentes, pero que no son derechos fundamentales.

Tampoco podría cumplir la condición de obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas, el llamado derecho al trabajo entendido como derecho a obtener un puesto de trabajo en la tradición socialista desde Louis Blanc en adelante en las actuales sociedades de economía de mercado. En efecto, los poderes públicos que serían los obligados ante ese hipotético derecho de crédito a obtener un puesto de trabajo, no son los principales empleadores, y ni siquiera un sector público amplio en una economía mixta, como es la de los Estados sociales, podría asumir esa carga. Esa pretensión moral sólo sería juridificable si coinciden los empleados con los empleadores. A los empleadores privados no se les puede atribuir esa carga, que sería contradictoria con la idea de libre empresa, que es una de las características centrales de la economía de mercado, y que se puede racionalizar, en el Estado social, pero no suprimir. Los derechos fundamentales de crédito sólo son posibles en el ámbito del Derecho público, donde los principales obligados son los poderes públicos, aunque pueden serlo los particulares cuando actúan en ese campo (es el caso de los empleadores en el derecho al trabajo, sustituido de la disciplina del viejo contrato de arrendamiento de servicios, cuando se puede exigir el cumplimiento del derecho a las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, por ejemplo). Pero no existen en el ámbito del Derecho privado, y la contratación se mantiene, en la empresa de la economía de mercado en relación con los particulares, vinculada a la autonomía de la voluntad.

Sólo se podría mantener la técnica imprescindible de la obligación correlativa si desapareciese la economía de mercado y

existiese una planificación generalizada que convirtiese al Estado en empleador principal, y sustrajese los contratos de trabajo con empleadores privados del ámbito de la autonomía de la voluntad y no parece que los hechos históricos vayan por esa línea. (La pretensión moral del derecho al trabajo tendrá que cambiar esa realidad social propia del capitalismo sustrayendo el empleo a la autonomía de la voluntad, y eso sería hoy un signo distintivo relevante del socialismo).

Estamos aquí, en relación con esta segunda exigencia, con un condicionamiento, que no es interno al propio sistema jurídico y a su lógica, como en el caso de la desobediencia civil, sino que se vincula a dimensiones sociales que vamos a estudiar en la tercera exigencia. También la estructura jurídica puede de la realidad social. Una teoría pura del Derecho, no condicionada por factores sociales aparece también, desde esta perspectiva, como imposible.

3) En tercer lugar, **los derechos fundamentales son una realidad social**, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad. Así el analfabetismo, dimensión cultural, condiciona la libertad de prensa, y los progresos de la técnica en un determinado momento de la cultura científica, por ejemplo con los progresos de las comunicaciones, condicionan la idea de la inviolabilidad de la correspondencia, o la escasez de bienes puede condicionar o impedir, tanto la existencia de una pretensión moral a la propiedad por el imposible contenido igualitario, y también de una norma jurídica por la imposible garantía judicial.

La eficacia es un concepto ambivalente utilizado en la teoría del Derecho para señalar la influencia del Derecho sobre la realidad social o al contrario de la realidad social sobre el Derecho. En el primer supuesto se trata del impacto del Derecho sobre la sociedad, de sus niveles de seguimiento o de obediencia y en el segundo del condicionamiento de la justicia o moralidad de las normas o de su validez o legalidad, por factores so-

ciales. Este es el supuesto al que hacemos alusión como tercer componente para la comprensión de los derechos fundamentales, que no son sólo valor moral y norma como he venido sosteniendo hasta ahora.