

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Con la colaboración de

RAFAEL DE ASÍS ROIG y MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

**LECCIONES
DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

DYKINSON

libertad de opinión, incluida la religiosa (art. 10), libertad de comunicación de los pensamientos y de imprenta (art. 11) y derecho de propiedad (art. 17).

- j) Representa una vocación de trascender su origen histórico, los problemas de la Francia que quiere salir del Antiguo Régimen, y ofrecerse como modelo para toda la humanidad.

LECCIÓN CUARTA

EVOLUCIÓN HISTÓRICA E INFLUENCIAS IDEOLÓGICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La fundamentación de los derechos, la búsqueda de su por qué, necesita una segunda reflexión, la que explica su evolución hasta la actualidad y que constituirá, con lo que se ha indicado sobre su origen en el tránsito a la modernidad, el material histórico sobre el que construir una fundamentación racional. Desde dos perspectivas vamos a abordar esta tarea: en primer lugar, siguiendo la evolución histórica hasta la actualidad a través de cuatro líneas de comprensión; la positivación, la generalización, la internacionalización y la especificación, que nos permitirán una radiografía bastante completa del proceso que explica cómo se encuentran hoy los derechos fundamentales; en segundo lugar, estudiando los contenidos y el sentido que tienen las aportaciones sucesivas, liberal, democrática y socialista, que permiten entender en su integridad a los derechos y que evitan los reduccionismos señalados en otras lecciones.

1. LAS LÍNEAS DE EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los modelos iniciales de los derechos han seguido hasta nuestros días un proceso de evolución, cuya descripción debe ser tenida en cuenta para la búsqueda del por qué de los derechos. Suministran datos y elementos que no se pueden eludir en la

fundamentación racional. En muchos casos, esa evolución ya estaba apuntada en los mismos, como un embrión a desarrollar o una contradicción a superar. La positivación deriva de los propios planteamientos del iusnaturalismo racionalista, al centrar el paso del Estado de naturaleza al de sociedad en el contrato social, así como por la justificación, a través suyo, del Poder, cuya primera función soberana era crear el Derecho. La generalización es consecuencia de la dimensión igualitaria con la que lingüísticamente se formulan en la última fase del modelo americano y sobre todo en la Declaración francesa, al afirmar el artículo primero que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Supone la lucha por superar la contradicción entre esa afirmación y la realidad de algunos derechos, no reconocidos o disfrutados sólo por una minoría. El proceso de internacionalización parece deducirse también de las formulaciones de los derechos como generales y abstractos que se adecua poco a reconocimientos jurídicos vinculados al Ordenamiento estatal limitado por su validez espacial. Existen otras razones actuales que lo explican, pero ya desde esos paradigmas iniciales parece que unos derechos naturales justificados por su propia racionalidad deben alcanzar una validez jurídica universal, por encima de las fronteras y que abarque a toda la Comunidad Internacional. La combinación entre racionalidad e historicidad de los derechos aparece aquí muy plásticamente con estos tres rasgos que suponen la realización histórica de un tenor racional de los derechos, formulado desde su origen pero inexistente en la realidad inicial de los mismos.

La racionalidad inicial se desplegó y se completó al hilo de la historia, o si se quiere, el consenso inicial se completó con el consenso de los seres humanos a través del tiempo, sin que estuviese predeterminado el sentido de ese consenso, sino que se construyó sobre la marcha. El proceso de especificación, como veremos rompe con esta línea y abre otro camino que no estaba, a mi juicio, presente en el ideario primitivo.

En efecto, el proceso de especificación, terminología aportada por N. Bobbio, supone una ruptura con el modelo racional y abstracto, y una cierta aproximación al modelo pragmático

inglés, al completar la idea de los destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, con la de las personas situadas como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, etc, y al matizar también los contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, etc. Encuadraremos también en este proceso de especificación un particular fenómeno que afecta al núcleo aglutinador de los titulares de los derechos o, dicho de otra manera, a la razón por la cual se justifican los derechos, que en el modelo inicial era un consenso sobre la limitación del Poder y una justificación de ese Poder a través de la participación de los ciudadanos en la formación de su voluntad y de un consenso democrático apoyado en el principio de las mayorías. Frente a ese consenso se empieza a proteger el disenso que no acepta alguna de esas premisas, o dicho de otra manera, un nuevo elemento del consenso es la posibilidad de rechazarlo desde su propia raíz. El estudio de esa nueva dimensión de los derechos y su distinción de otras figuras que no tienen esa condición será la última parte del análisis del proceso de especificación, con particular referencia a la idea de objeción de conciencia.

1.1. El proceso de positivación

Como hemos visto, en el iusnaturalismo racionalista se justifica la positivación de los derechos naturales, directamente por la mayor eficacia que supone, e indirectamente por la ideología contractualista, que vincula Poder y Derecho. Es evidente que se trata de una contradicción difícil de salvar teóricamente, la defensa al mismo tiempo de los derechos naturales y de su positivación.

Quizás sea Hobbes quien haga el esfuerzo intelectual más serio para superar la contradicción, y para él, al final, como dice N. Bobbio, la única función del Derecho natural será justificar el Derecho positivo. Un texto suyo, contenido en su obra *Leviatán*, será paradigmático de esa posición: «... corresponde a la

soberanía todo el poder de prescribir las leyes por cuya mediación cualquier hombre puede saber de qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede hacer sin ser molestado por ninguno de los demás súbditos...». Se ven claramente los valores a los que se refiere, que son la propiedad y los derechos como no interferencia, los que permiten un libre juego de la autonomía de la voluntad, los derechos de los privados. En ese sentido será un buen representante de los intereses de la burguesía, pero no de los derechos fundamentales. Está todavía en la justificación del Estado Absoluto, y su positivación no dejará sitio para una moralidad autónoma, que se positiviza, sino que con la positivación se decide lo que es moral. Esa positivación extrema no es de lo que estamos hablando aquí. El proceso de positivación supone la corrección del reduccionismo racionalista, pero aceptando de él la existencia de una moralidad de los derechos, que he llamado la filosofía de los derechos fundamentales. Es lo que hay que mantener de la idea iusnaturalista. Pretender que esa moralidad es creada por el Poder no es recogerla en el Derecho positivo, es inventarla desde la fuerza del Derecho positivo.

Los valores de la filosofía de los derechos en cuanto que son asumidos por el Poder suponen el origen de la formación de los derechos, pero en cuanto se sostiene, creo que erróneamente, que es el Poder quien los crea, nos alejamos de la compleja construcción de los derechos fundamentales y del equilibrio entre valores morales, Poder político y Derecho positivo, que exige una autonomía de las tres dimensiones, las tres necesarias pero sin que ninguna tenga una hegemonía última sobre las demás.

El proceso de positivación sólo se entiende desde este punto de vista, que respeta los pasos y las etapas, ética, política y jurídica sin pretender suprimir la identidad de ninguna de ellas, ni tampoco dominar desde ninguna de ellas. Sólo la ley, expresión jurídica de un Poder político, expresión de la voluntad popular, puede positivizar la moralidad de los derechos, y ese modelo de positivación es el que representa Locke, en su *Tratado sobre el Gobierno Civil*: «... Siendo la alta finalidad de los hombres al entrar en sociedad el disfrute de sus propiedades en paz

y seguridad, y constituyendo las leyes establecidas en esa sociedad, el magno instrumento y medio para conseguirla, la primera ley y fundamental de todas las comunidades políticas es la del establecimiento del poder legislativo...».

El paso de Hobbes a Locke es el que representa el modelo de positivación de los derechos, desde la moralidad al Derecho positivo a través de la ley de un legislativo, expresión del Poder basada en el contrato.

Se ve aquí la conexión entre constitucionalismo, el gobierno de las leyes y derechos fundamentales. Aunque la positivación ha experimentado variaciones sustanciales, podemos caracterizarla por los siguientes rasgos:

- a) Supone la progresiva toma de conciencia de la necesidad de dotar a la idea de los derechos, que aparecieron históricamente como derechos naturales, de un estatuto jurídico, que permita su aplicación eficaz, y la protección real de las personas titulares de los mismos. Con este punto de vista encontramos ya la idea de positivación en iusnaturalistas racionalistas (como Pufendorf, Burlamaqui o Locke).
- b) La positivación se apoya en dos ideas: una, propia del concepto moderno del Poder y del Derecho, la idea de que el Derecho es expresión del soberano, su primera función en el pensamiento de Bodino; y la otra, propia de la concepción liberal, la fundamentación pactista del Poder, que sitúa la soberanía como expresión del consenso del pueblo.
- c) La idea de la positivación se encuentra en textos de las Colonias inglesas de Norteamérica y en el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, cuando afirma que «... toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución...». Constitución y derechos fundamentales, o de manera más explícita, ley y derechos fundamentales, son la conexión que expresa inicialmente ese proceso de positivación.

- d) En realidad todas las inclusiones de la idea de los derechos en textos jurídicos suponen una expresión implícita de dicho proceso. No conozco supuestos históricos de intentos de aplicar directamente, como norma ordenadora general del comportamiento, la idea de derechos naturales, sin la mediación de una incorporación al Derecho positivo. Es una prueba histórica incuestionable, aunque no sea racionalmente definitiva, de que los derechos que conocemos, hasta ahora, siempre se han completado al aplicarse desde una norma positiva. Todas las formulaciones de los derechos con intención de regular la vida social lo han sido como Derecho en sentido estricto.
- e) A partir del siglo XIX esa positivación se considera una condición esencial para la existencia de los derechos con eficacia social y no se concibe una implantación de ellos al margen de la positivación. Todos los textos constitucionales, expresión de un Poder político democrático que interioriza las pretensiones morales justificadas como valores o principios políticos, recogen como Derecho positivo a los derechos fundamentales, que se desarrollan, se aplican y se garantizan por otras formas de producción normativa, como la ley y la jurisprudencia.
- f) Con la evolución del sentido del Derecho, en el siglo XIX y sobre todo en el XX, crece el protagonismo del Derecho judicial en la positivación de los derechos fundamentales. En efecto, el dinamismo de la relación, creación, interpretación, aplicación de los derechos, desplaza a la idea de un Derecho recogido en la ley, que se aplica mecánicamente, en el viejo esquema del positivismo estatista. Por otra parte, se llega a la misma consecuencia, desde el punto de vista de que los derechos deben ser garantizados en caso de violación, por la acción de los tribunales de justicia. La garantía judicial de los derechos, al permitir de hecho su eficacia, forma así parte del proceso de positivación.
- g) Los contenidos de la positivación, e incluso sus formas, están influidas y dependen por tanto del proceso de re-

flexión paralelo en que consiste la filosofía de los derechos fundamentales. De tal modo, se reflejarán los matices que las aportaciones liberal, democrática y socialista suponen, así como los derivados de la forma de concebir a los derechos, las correlativas obligaciones y los comportamientos de los poderes públicos. La reflexión moral, la reflexión política, y la reflexión jurídica incorporan sus planteamientos teóricos a las diversas formas históricas que adopta la positivación de los derechos.

- h) La positivación de los derechos fundamentales producirá un interés de la filosofía jurídica y de las distintas ramas de la ciencia del Derecho por el estudio del fenómeno. Se irá formando una teoría jurídica de los derechos fundamentales, cada vez más importante y con más autonomía, con dimensiones de teoría del Derecho, de Derecho Constitucional, Administrativo, Procesal, Laboral, etc. Esta teoría jurídica será inseparable de la teoría moral y de la teoría política sobre los derechos fundamentales.

Si vemos la positivación desde la perspectiva actual, desde el punto de llegada de un proceso que es —porque la historia sigue— punto de partida de una ordenación que nos conduce hacia lo que hoy es futuro, tenemos que concluir que resulta inseparable de la idea de los derechos, o, dicho más propiamente, que forma parte de la idea de los derechos. Sin la positivación los derechos no se completan, sólo son ideales morales, valores, que no lo son plenamente hasta que no enraizan en la realidad. Así como los valores estéticos se realizan en un cuadro, en una poesía o en una escultura, este valor ético, pretensión justificada que son los derechos fundamentales, se realiza con su incorporación al Derecho positivo. Sólo tienen sentido como moralidad crítica si pretenden ser Derecho positivo, y si tienen una posibilidad, aunque sea remota, de serlo alguna vez. Si esta posibilidad no existe, no podemos hablar de derechos fundamentales.

1.2. El proceso de generalización

La generalización consistirá en el progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir, que corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribía su disfrute a una clase social, la burguesía. Hemos visto la importancia histórica de ésta en el arranque inicial de los derechos como categoría histórica, y cómo, considerándose expresión de todo el género humano, impulsó una formulación general y abstracta, válida para todos los tiempos, que se correspondía con un goce, excluyente en la realidad, de amplias categorías de ciudadanos. A ese planteamiento corresponde la negación liberal. La generalización supondrá, asimismo, la aceptación de la inicial categoría liberal de los derechos, como capaz de trascender su origen histórico, y los intereses que lo engendraron, para convertirse en una instancia válida, con un tenor racional suficientemente generalizable para servir a la realización de la autonomía moral, máxima expresión de la dignidad humana. Esta línea enfrentará a quienes como Marx, Lenin, etc., pensaban que se trataba de una categoría esclava de la ideología burguesa, con el proceso de generalización y con los sectores liberales, democráticos y socialistas que la propugnaban.

En este juego de tensiones antagónicas se ve la acción conjunta y complementaria de la historia y de la razón. El proceso de generalización y sus protagonistas apuestan por la historia frente a los que pretendían esconder sus intereses en una razón abstracta, y apuesta por la razón frente a los que los consideraban esclavos de la historia y de los grupos sociales que los hicieron nacer. Es probablemente el proceso central que perfila la identificación de los derechos fundamentales.

A) *Los orígenes de la generalización*

Las primeras formulaciones históricas de los derechos como derechos naturales partían de la igualdad natural de todos los seres humanos, y, por consiguiente, de la consideración de to-

dos como titulares, por influencia del iusnaturalismo. Nos referimos al modelo americano y al modelo francés. En el inglés, la forma historicista y pragmática de los derechos fundamentales influirá en que el proceso de generalización parta también de los textos concretos.

Sin embargo, esta generalidad de los destinatarios titulares de los derechos no se correspondía con la realidad, ni tampoco el carácter abstracto de los contenidos, como en el caso de la propiedad, que es, como hemos señalado, de imposible contenido igualitario. Por otra parte, derechos claves no se consideraban, y estaban excluidos del elenco de los recogidos en las Declaraciones. Es el caso del derecho de asociación, que incluso se prohíbe en Francia con la Ley Le Chapelier, de 14 de Junio de 1791. Lo mismo ocurre con el derecho de sufragio, del que no todas las personas son titulares, y las solemnes declaraciones de derechos naturales iguales para todos coexisten con un sufragio censitario limitado a algunas categorías de ciudadanos por razones económicas o culturales.

Este desajuste entre unas declaraciones de igualdad natural de los hombres en la titularidad de los derechos, y una realidad que negaba el derecho de sufragio a una parte de la población, y también el derecho de asociación política y sindical, y que al contrario exaltaba como primero de los derechos al de propiedad, que justificaba su existencia en su detentación por una minoría y que era de imposible extensión a todos, por razones de escasez, será la base y la razón que explica el proceso de generalización. En el seno de este vasto movimiento, y desde una mentalidad de igualdad efectiva en el ejercicio de los derechos, se debe también situar la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales, como indispensables para el goce generalizado de los derechos civiles y políticos.

B) *El impulso de la generalización*

El esfuerzo para superar las contradicciones, primero para construir la teoría de una nueva generación de derechos, y

para excluir de ellos a los que eran inseparables de intereses de clase y de imposible contenido igualitario después, se hará desde sectores progresistas del pensamiento liberal, que se abren a posiciones democráticas, y desde sectores socialistas, igualmente abiertos a esos valores. La democracia será el punto de encuentro del liberalismo y del socialismo. Para esos liberales democráticos, el socialismo, como expresión del movimiento obrero, no es una realidad a destruir, sino un fenómeno positivo a integrar. Para esos socialistas democráticos, el Estado de Derecho, el sistema parlamentario representativo y los derechos fundamentales, no son instituciones esencialmente burguesas, sino de origen histórico burgués, y son adecuadas para realizar desde ellas los ideales socialistas. Posteriormente, en la cultura jurídica europea, se incorporarán al movimiento de generalización sectores de inspiración humanista católica —como por ejemplo «La Sillon», en Francia—, inicialmente desautorizados y perseguidos por la Iglesia, adversaria teórica de la categoría de derechos fundamentales, hasta bien entrado el siglo XX.

Un modelo de un liberalismo abierto a los valores democráticos es el que representa Mill. Son indudables sus arraigadas convicciones liberales, que reflejará en su obra *Sobre la Libertad*, un clásico en defensa de la libertad de pensamiento y de expresión, sobre el valor del individuo y sobre los límites de la sociedad en relación con el individuo. Pero, junto a esa defensa, es también notoria su contribución a la difusión de las ideas socialistas, y su idea de la necesaria integración del movimiento obrero en la democracia representativa. Su obra inconclusa *Capítulos sobre el Socialismo*, sirve para apoyar esto.

En la otra perspectiva, la del socialismo democrático, es módica para caracterizar el planteamiento que estamos estudiando la tesis de Eduardo Bernstein, en su obra *Las premisas del socialismo y las tareas de la socialdemocracia*. La integración entre libertad e igualdad y la defensa del proceso de generalización aparecen muy claramente. Aquí encontramos el filón de la tradición del socialismo liberal. Esta posición de Bernstein tiene un precedente ilustre en Louis Blanc, representante del socialismo jacobino y defensor del sufragio universal y de la aso-

ciación, entendida en un sentido muy amplio. De Blanc arrancará propiamente la corriente que, a través de Lasalle, llegará a Bernstein.

C) Los resultados del proceso de generalización

El inventario del proceso de generalización tiene tres grandes dimensiones, que se refieren a la puesta en marcha de derechos que garantizan o hacen posible una participación política igualitaria; a la configuración de una nueva generación de derechos fundamentales para asegurar la solidaridad y la igualdad; y, por fin, a la «desfundamentación» del derecho de propiedad.

Los derechos nuevos relativos a la participación son el derecho de asociación y el sufragio universal. El primero tendrá una repercusión en el ámbito político y también en el sindical, y será el origen de los partidos, de los sindicatos, y de las asociaciones para otros fines, culturales, deportivos, etc.

El sufragio universal permitirá la incidencia de esa participación en la formación de los órganos públicos encargados de expresar la voluntad estatal, a través del Derecho, y también permitirá superar la idea excluyente de que en la formación del interés general debían participar solamente los sectores económica y culturalmente independientes, es decir, la idea del sufragio censitario. Favorecerá igualmente la participación en el Estado parlamentario representativo, y permitirá la función de integración en el Parlamento de todas las ideologías y sectores sociales que acepten las reglas de juego.

Como consecuencia de la acción coordinada del ejercicio del derecho de asociación y del sufragio por esos grupos sociales democráticos, radicales o socialistas, se incorporarán al Parlamento representantes de los partidos obreros que defenderán sus intereses y que plantearán problemas ajenos a los que tradicionalmente interesaban a la burguesía. Esta dinámica, que llevará a la formación incluso de gobiernos socialistas, incidirá en el constitucionalismo con una actuación positiva de los poderes

públicos y con una nueva función atribuida al Derecho, la promocional, sobre todo a través del incremento de la acción del Derecho Administrativo y del Laboral.

La influencia de esa situación en el tema de los derechos fundamentales consistirá en la formulación de unos nuevos derechos, los llamados derechos económicos, sociales y culturales, a la educación, a las condiciones del trabajo y en el trabajo, a la protección de la salud y a la sanidad, a la seguridad social, etc.

Se utilizará la igualdad como diferenciación, como método para alcanzar la igualdad como equiparación. Esta igualdad se alcanza en el punto de llegada, mientras que en los derechos clásicos, individuales y civiles, y también políticos, con el sufragio universal, la igualdad existe desde el punto de partida.

Finalmente, será igualmente un resultado importante del proceso de generalización la progresiva toma de conciencia de que la propiedad no puede ser una pretensión justificada, base ética de un derecho fundamental, porque no se puede extender a todo el mundo, y eso es un privilegio pero, al carecer de la generalidad, no un derecho igual de todos los seres humanos.

D) Las nuevas dimensiones de la generalización

No podemos sin embargo, dar la impresión de que estamos analizando algo concluido y que configura definitivamente la imagen de los derechos fundamentales. Una serie de amenazas nuevas pesan sobre los derechos fundamentales, que necesitan de una nueva reflexión que puede conducir a nuevas dimensiones del proceso de generalización. Enumeraremos tres de manera sucinta: el nuevo corporativismo, las nuevas tecnologías y el imperialismo de la economía.

En relación con el nuevo corporativismo, hemos venido señalando como los derechos fundamentales se centran en los individuos, aunque existan prolongaciones o personificaciones en los grupos de los que éstos forman parte. Pero una peligrosa patología está cambiando los centros neurálgicos de Poder a alguno de esos grupos, que resucitan nuevos desconocimientos de los

derechos que afectan a los individuos. Así, los partidos políticos se han independizado de sus autores, y en su dinámica propia pueden desvirtuar el núcleo central de la democracia, que es el Parlamento. Este podría pasar a ser, el representante de la soberanía de los partidos y no ya de la soberanía popular. Por otro lado, la profesión periodística y las empresas de los medios de comunicación están monopolizando la libertad de expresión, a veces al margen del interés de los individuos por una información veraz. No se trata de sustituir ni a los partidos ni a los medios de comunicación, sino de reconducir su acción al servicio del individuo y de sus derechos fundamentales.

Respecto a las nuevas tecnologías, probablemente el conocimiento de la informática y de los nuevos medios de expresión y de comunicación constituya, en el futuro inmediato, un rasgo esencial de la nueva cultura. Por eso, tanto el acceso de todos a la posibilidad de su conocimiento, como la protección de todos y de su intimidad ante las posibilidades de las nuevas técnicas, sea otro ámbito para la lucha en defensa de la generalización.

Por último, lo que hemos llamado como el imperialismo de la economía pone de manifiesto como, en la actualidad, con el desarrollo del capitalismo y con el fracaso de la economía comunista en el Este, la economía se convierte para algunos en criterio moral último, desde el que se juzga a otras realidades como la jurídica. Interesa más la libertad del mercado que la libertad de las personas, y los derechos fundamentales tendrán que ser un ámbito de defensa del individuo, frente a la santificación del capitalismo y de las leyes del mercado. Será seguramente otro frente de lo que podríamos llamar la generalización del futuro: para hacer al hombre libre será necesario someter y racionalizar a la economía.

1.3. El proceso de internacionalización

Hoy, es imposible una identificación de los derechos fundamentales sin considerar la dimensión internacional con la que

se presentan. Se trata de un proceso incompleto y que se sitúa también en un ámbito jurídico, el de la comunidad internacional, que carece de un Poder político que garantice plenamente la eficacia de ese ordenamiento, encontrándose en una situación similar a la poliarquía medieval. Aún con todo, hoy en día es innegable la existencia del Derecho internacional, tal y como muestra la práctica de los Estados, la jurisprudencia interna e internacional y como admite mayoritariamente la doctrina. No se puede negar la existencia de normas internacionales de distinta fuente, aplicadas habitualmente por los sujetos del Derecho internacional, a pesar de que se constata el mayor primitivismo de este ordenamiento en relación con el interno. El proceso de internacionalización de los Derechos tiene una vida corta que arranca en el siglo XX, y principalmente de los años posteriores a la segunda guerra mundial.

En el origen, quizá el primero de los signos de esa cooperación internacional sea la lucha contra la esclavitud. Una evolución similar se producirá en relación con el Derecho Humanitario, sobre todo a partir del impulso que el suizo Henry Dunant dará a la Cruz Roja. Después de la Segunda Guerra Mundial se va a producir una importante eclosión de la tarea convencional internacional en orden a la protección de los derechos fundamentales, reflejada en multitud de tratados sectoriales sobre su reconocimiento y protección internacional. Esta importante actividad convencional de protección sectorial, que se produjo a pesar de la guerra fría y de las diferentes concepciones que, en materia de derechos fundamentales, tenían los países capitalistas, socialistas y los surgidos de la descolonización —del mismo modo que hoy en día la universalización se enfrenta a la dialéctica de las concepciones universalistas y particularistas— presenta diversos puntos débiles. Se trata de tratados internacionales que únicamente vinculan jurídicamente a los Estados partes en los mismos, que poseen carácter sectorial alejado por tanto de la aspiración de globalidad y generalidad presente en el Derecho internacional. Por otro lado, el elevado número de convenios facilita solapamientos, lagunas, incoherencias y contradicciones entre normas convencionales, agravadas por la proliferación de

convenciones regionales, que producen una inflación normativa que socava la aspiración de globalidad.

Este alto grado de desarrollo normativo, con los efectos apuntados, a los que se debe añadir el bajo desarrollo de los controles internacionales para verificar y sancionar los incumplimientos de las obligaciones de los Estados, no debe empañar la vista ante el avance que dichos tratados han supuesto, en la Humanidad, para la protección de los derechos fundamentales.

Y junto a estos textos sectoriales referidos a derechos concretos, los más necesitados de protección, el proceso de internacionalización supone un intento de afrontar una protección integral con textos equiparables en sus contenidos a las declaraciones liberales, aunque ampliados por los nuevos derechos producto del proceso de generalización. Entre los textos están declaraciones como la Declaración universal de la ONU de 10 de diciembre de 1948, o la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre aprobada con anterioridad, durante la IX Conferencia Panamericana, celebrada en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948. También encontramos Tratados internacionales multilaterales con carácter universal como el Pacto de la ONU sobre derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966, o el de derechos económicos, sociales y culturales de la misma fecha; o regionales, como el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos de 4 de noviembre de 1950, o la Convención Americana sobre derechos humanos de 7 de abril de 1970.

Es un hecho indudable, tras esta enumeración meramente indicativa de textos, que se puede hablar de la existencia de un proceso de internacionalización de los derechos fundamentales. Este panorama se completa señalando las causas que lo justifican y también sus insuficiencias, así como las formas que presenta esta internacionalización de los derechos fundamentales, y los valores que lo impulsan.

Entre las causas generales, se puede señalar la influencia de la realidad social, abierta cada vez más y superadora de las fronteras nacionales, en el ámbito económico, cultural, educativo, de las comunicaciones, etc. Entre las más inmediatas aparecen la existencia de adversarios de los derechos fundamentales que

se sitúan en más de un Estado, por ejemplo las multinacionales, en relación con los derechos de los trabajadores o de los consumidores, y en otro ámbito, las redes de narcotraficantes o los grupos terroristas. También, consecuentemente con lo anterior, la necesidad de medios supraestatales para afrontar esos ataques a los derechos fundamentales. Otra causa que destaca en este proceso es la mayor importancia del ser humano —a diferencia de lo que ocurría en el Derecho internacional clásico— en el Derecho internacional contemporáneo. Efectivamente, en el plano internacional se ha vivido un proceso de humanización que erosiona la soberanía de los Estados.

Probablemente la insuficiencia más importante que imposibilita un desarrollo perfecto del reconocimiento y protección efectiva de los derechos a nivel internacional, sea la inexistencia de un Poder político supranacional con poderes plenos en el mismo ámbito en que se pretende establecer el Ordenamiento jurídico sobre esta materia. Un traslado del contractualismo clásico, como explicación del origen de la sociedad y del Estado, nos lleva a constatar que la comunidad internacional se encuentra en un estado de primitivismo. En la sociedad internacional contemporánea no existe legislador, juez, gobierno centralizado, de tal modo que las normas internacionales se aplican en un medio descentralizado, plural y muy heterogéneo, lo que dificulta notablemente, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos, el control del cumplimiento de las normas internacionales, y la sanción en caso de incumplimiento, bien sea a través del mecanismo de la responsabilidad internacional, o de las otras formas previstas en ese ordenamiento para el supuesto en que se incumplan las obligaciones internacionales. El Derecho internacional de los derechos fundamentales necesita de nuevos desarrollos desde la perspectiva de la solidaridad y de consideraciones elementales de humanidad, fundamentalmente en el ámbito de las garantías, así como en el reconocimiento de algunos derechos colectivos. En este nivel de primitivismo, que podría compararse con la situación de los Derechos nacionales en la Edad media, el proceso está aún en gran parte en el nivel de la filosofía de los derechos, pero no en un Derecho positivo ge-

neralizado, salvo en alguna experiencia ya señalada en el ámbito universal, ONU, o regional, especialmente Consejo de Europa u Organización de Estados Americanos.

El proceso de internacionalización se produce desde diversas dimensiones complementarias, que expresan también el cambio que está presentándose en el Derecho internacional.

La primera supone la utilización de formas técnico-jurídicas del Derecho internacional clásico por los Estados, sin ruptura de la soberanía estatal y como cooperación interestatal.

La segunda, parte de la toma de conciencia de la insuficiencia de la protección estatal, que siempre puede encontrar límite (por supuesto ilegítimo) en la razón de Estado. La soberanía es un obstáculo para la organización y protección de los derechos y se buscan instancias, más allá de la interestatal, para vencerla. Aunque el objetivo está muy lejano, y parece una utopía, también lo era, en el siglo XIX, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, y sin embargo hoy muchos de ellos son una realidad. Esta segunda forma de afrontar la internacionalización de los derechos pone en cuestión el principio de soberanía, convierte a la persona individual en sujeto del Derecho internacional y propone la existencia de una cierta autoridad supranacional que se impone a la estatal.

Otra dimensión destacable de este proceso de internacionalización es el proceso de humanización y socialización, en definitiva, de moralización, que han llevado a que, junto a las funciones relacionales y competenciales, se impulse en el Derecho internacional la del desarrollo integral de individuos y pueblos.

En esta línea, hoy se reconoce subjetividad al individuo, aunque no en plenitud. Esta subjetividad parcial se concreta en el poder de reclamar internacionalmente, en determinados supuestos, ante la violación de sus derechos, y al poseer en casos muy limitados legitimación pasiva para sufrir las consecuencias de la violación del Derecho internacional.

Finalmente, hay que señalar que un valor que empuja decisivamente este proceso es la lucha por la paz y el rechazo, sin paliativos, de todas las guerras.

1.4. El proceso de especificación

Para entender la evolución histórica de los derechos fundamentales hasta hoy, hay que añadir un cuarto fenómeno que produce serias mutaciones en el modelo occidental inicial. Utilizamos para identificarlo una terminología que propone N. Bobbio, proceso de especificación, aunque también podríamos hablar de proceso de concreción. El proceso supone no sólo selección y matización de lo ya existente, sino aportación de nuevos elementos que enriquecen y completan lo anterior. El profesor italiano habla, en su trabajo *Derechos del hombre y filosofía de la historia*, de «... una nueva línea de tendencia que se puede llamar especificación, consistente en el paso gradual pero cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los mismos...».

La especificación se produce en relación con los titulares de los derechos y también me parece con los contenidos de los mismos y tiene una conexión indudable con su consideración como un concepto histórico, es decir, inserto en la cultura política y jurídica moderna. Finalmente, puede alcanzar al sentido mismo del consenso que integra la moralidad tradicional de los derechos.

A) En relación con los titulares

En el consenso sobre los derechos fundamentales, que tiene una importancia tan decisiva en la configuración de la cultura jurídica moderna, los titulares de los derechos eran los genéricos «hombres» o «ciudadanos», en una distinción que aludía al carácter presocial (vinculado al estado de naturaleza y a la terminología de derechos naturales) de unos derechos para distinguirlos de otros que sólo aparecen, tras el pacto, en la sociedad regulada por el Derecho positivo y dotada de un Poder político para regirla. Los primeros son los derechos del hombre, y los segundos del ciudadano. La especificación es un avance del historicismo sobre el racionalismo y parte de la idea de considerar a los derechos más vinculados a las personas concretas de sus titulares. Se juzgan como relevantes algunas situaciones del ge-

nérico «hombre» o «ciudadano», que exigen un tratamiento especial y que no se resuelven desde ese *homo iuridicus*. Son circunstancias o situaciones cuya relevancia deriva:

- a) De una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que necesitan una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad. El modelo más claro es el de los derechos de la mujer. En este mismo grupo podemos situar a los derechos de los emigrantes.
- b) De una condición física de personas que por alguna razón se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales. Obligan a una protección especial, pero no vinculada al valor de la igualdad, sino al de la solidaridad o fraternidad. Pueden a su vez ser de dos tipos: generales o específicas. Las generales afectan a todos las personas durante algún tiempo, mientras que las específicas afectan a algunas durante todo el tiempo, en algunos casos, o sólo algún tiempo en otros casos. En el supuesto de condiciones relevantes generales, estamos ante los derechos del niño, mientras que en el supuesto de condiciones relevantes específicas estamos ante los derechos de las personas que sufren algún tipo de discapacidad.
- c) De la situación que ocupan las personas en unas determinadas relaciones sociales. Se refieren a los genéricos «hombres» o «ciudadanos» cuando se encuentran en una circunstancia concreta, son derechos del individuo «situado» que se justifican cuando la otra parte de la relación tiene un papel preponderante, hegemónico o de superioridad que exige equilibrar a sus correlativos por medio de una protección reforzada. Así, nos encontramos con los derechos del consumidor situado frente a monopolios, grandes compañías o agrupaciones de comerciantes e industriales mucho más poderosos, o ante los derechos del usuario, que está igualmente en condicio-

nes de inferioridad, en este caso incluso muchas veces frente a servicios estatales públicos. Aquí se desarrolla el valor igualdad en el ámbito de una sociedad consumista y de mercado, con el fin de paliar sus desajustes y también, en muchos casos, el valor seguridad jurídica.

En las tres situaciones estamos ante *status* sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas, y de papel en el seno de sociedades desarrolladas, llevan supuesta una debilidad que el Derecho intenta paliar o corregir, o dicho de otra manera, que suponen una diferencia con los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales. Se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima. Para ello se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación, considerándose titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos, a diferencia de los clásicos derechos del hombre y del ciudadano que parten de la igualdad como equiparación y son derechos de todos. En este caso la equiparación es una meta y la diferenciación es más una técnica para alcanzar esa equiparación.

B) *En relación con los contenidos*

Los contenidos de los derechos se forman en nuestros días a través de tres aportaciones que vamos a estudiar en el próximo apartado y que suponen puntos de vista ideológicos, éticos y políticos globales. Son las sucesivas aportaciones liberal, democrática y socialista. Algunos han hablado de generaciones de derechos fundamentales para referirse al ritmo temporal sucesivo de las mismas. Es una terminología discutible, porque podría entenderse que las generaciones llegan a extinguirse y son sustituidas por las siguientes, si llevamos el ejemplo a sus últimos extremos. Pero si se entiende que eso no es así y que las anteriores siguen vivas y se integran con las nuevas, diríamos que

estamos, en este caso, en la cuarta generación, si la liberal, la democrática y la socialista se consideran autónomamente.

Así como los derechos de las generaciones anteriores responden a los valores superiores de la libertad, de la igualdad o en caso de fórmulas de síntesis a la libertad igualitaria, en este caso el fundamento se encuentra en el valor solidaridad o fraternidad, o en el valor seguridad jurídica en ciertos casos, conjuntamente con el de solidaridad. Sin intentar un elenco exhaustivo que es siempre imposible, sin llegar a una moralidad cerrada y dogmática, se pueden señalar tres dimensiones diferentes de estos derechos: los referidos al medio ambiente y a la protección del entorno natural, el derecho al desarrollo, y el derecho a la paz.

Los derechos relativos al medio ambiente expresan una solidaridad no sólo entre los contemporáneos, sino también en relación con las generaciones futuras, para evitar legarles un mundo deteriorado a causa, tanto de la explosión demográfica, como de la explotación inmoderada de los recursos naturales, que produce la destrucción de los elementos que mantienen el equilibrio de la naturaleza. Estamos ante una de las causas que ha impulsado también el proceso de internacionalización, ya que los efectos de los daños al medio ambiente no se detienen en las fronteras de los países donde está el origen de los mismos.

El hecho real del deterioro y las conclusiones científicas sobre la prolongación y ampliación en el futuro de esos daños, ha generado una reflexión ética sobre la inmoralidad de impulsarlos o favorecerlos, por razones de utilidad económica, de desarrollo industrial o para facilitar un consumo masivo de productos que en su fabricación y en su utilización perjudican al medio ambiente.

La convicción creciente de esos daños y la repercusión en cadena y multiplicada de la influencia de unos daños para producir otros, y para afectar en tiempos posteriores a elementos decisivos del ecosistema, con daños ciertos que se pueden predecir para las personas que habiten el mundo en el futuro, ha construido un consenso ético cada vez más amplio sobre la necesidad de unos nuevos derechos fundamentales por su conte-

nido y también porque en parte los titulares son, además de los seres humanos que viven hoy, los que vivirán en el futuro. Naturalmente, es necesario adaptar esas exigencias morales a las técnicas del Derecho, ya que los únicos titulares de derechos subjetivos son las personas actuales, pero los titulares de las obligaciones correlativas para evitar la polución, mantener el agua limpia o no dañar a la vegetación, lo están también en dimensiones que tienden a proteger, a través de los destinatarios de esos derechos, a las generaciones futuras. Tanto por los nuevos valores que justifican esos nuevos contenidos como por la originalidad de que los sujetos de esos derechos lo hacen en nombre propio y en beneficio de los ciudadanos del futuro, el derecho al medio ambiente es un ejemplo del proceso de especificación.

Desde esos parámetros doctrinales, la filosofía de los derechos al medio ambiente han avanzado en el Derecho positivo, especialmente a partir de la segunda posguerra mundial, aunque hay normas incluso de finales del siglo pasado.

Por su parte, el derecho al desarrollo es una pretensión moral justificada, cuya titularidad no se predica en principio respecto de los individuos, sino de pueblos o naciones. En todo caso se trata de sujetos colectivos diferenciados respecto de otros por una situación económica de pobreza y de escasez, con las secuelas sociales que esos condicionamientos suponen. El derecho al desarrollo se plantea en ese sentido en el ámbito de la Comunidad internacional, en la dialéctica entre países ricos y países pobres, o en el de un Estado poco homogéneo, cuya descompensación entre regiones se traslada a su estructura jurídica como Estado federal, regional o de las autonomías. Las posibilidades del paso de la pretensión moral al desarrollo al Derecho positivo son razonables en el ámbito interno de los Estados y lejanas en el ámbito del Derecho internacional sin un poder superior que procure la eficacia del Derecho, ni establezca los cauces para su garantía. En este segundo supuesto, los instrumentos son los clásicos del Derecho internacional: convenios, tratados, etc.

El proceso de especificación se encuentra, en el derecho al desarrollo, todavía en el ámbito de la filosofía de los derechos

fundamentales, y aún no en el del Derecho positivo. Su raíz está principalmente en los valores de fraternidad, vinculada a la igualdad, y supone en cierto modo una aplicación a los pueblos del sentido que tienen para los individuos los derechos económicos, sociales y culturales. En una Comunidad de naciones, donde se produjese una unidad con igualdad de derechos políticos entre los ciudadanos de esos Estados, y naturalmente con una integración igual para todos, las diferencias económicas y sociales entre ellos serían en la realidad causa de desigualdad en el respectivo peso o influencia política. El proceso de argumentación que desde la generalización de los derechos liberales y democráticos condujo a la aparición de los derechos de inspiración socialista, se puede reproducir con adaptaciones en la dialéctica entre países ricos y pobres. Desde otro punto de vista, podríamos decir que el derecho al desarrollo se descompone en tantos derechos como aquellos que aseguran a cada ser humano una vida digna, vivienda, sanidad, seguridad social, educación, etc. Es el derecho colectivo de pueblos y naciones, que son sus titulares, y contiene aquellos derechos del individuo que suponen una exigencia, normalmente, pero no exclusivamente a los poderes públicos para que satisfagan las necesidades humanas básicas. Probablemente podríamos también basar, en parte, en estas reflexiones los derechos de los emigrantes a gozar de los derechos fundamentales en los países que les reciban.

La reflexión sobre el desarrollo de los pueblos y su repercusión en la independencia moral de los individuos plantea dificultades teóricas serias sobre si un grupo puede ser titular de pretensiones morales, incluso mayores que sobre si pueden ser titulares de derechos subjetivos.

El derecho al desarrollo no es un derecho del hombre y del ciudadano en sentido abstracto, en cuanto que racionalmente toda persona tiene igual derecho al desarrollo, sino que sólo lo actúan los individuos que forman parte de grupos, pueblos o naciones subdesarrollados, precisamente frente a los desarrollados que son los obligados. Si lo consideramos como un derecho con destinatario genérico y contenido abstracto, será el resumen de

todos los derechos, el compendio, que podríamos identificar con un derecho a la moralidad y a la plenitud humana, lo que es poco interesante y poco útil, porque abarcaría a todos los derechos fundamentales que conocemos. Si lo contemplamos, por el contrario, como derecho del ser humano situado en grupos sociales, étnicos o nacionales pobres, en relación con otros que consideramos ricos con arreglo a parámetros económicos, e incluimos las repercusiones sociales, políticas y culturales que esa pobreza produce para quienes forman parte de ese colectivo en orden a su plenitud personal, es decir, como derecho de esas personas en el ámbito del grupo en que se insertan a gozar de los derechos que otros tienen, entonces encontramos una razón suficiente para fundar esa pretensión moral.

En relación con el derecho a la paz, es evidente que existen razones morales muy justificadas para sostener que la paz es una condición de la vida libre y democrática, e incluso para una plena vigencia de los derechos fundamentales. También es cierto que su contraposición con la guerra convierten a esa pretensión moral en central, incluso para la supervivencia. Su generalidad, e incluso el carácter básico para una existencia plena ante muchos derechos, convierten a la paz en un valor superior de nuestra cultura política y jurídica, pero no en un derecho. No debemos sucumbir a la tentación de intentar incluir en la categoría de derechos fundamentales a todas las pretensiones morales que nos parezcan fundadas, como si fuese la única vía para su realización. Este error, que pone de relieve el valor y la importancia de los derechos, puede ser también el origen de su pérdida de eficacia histórica y de su sentido concreto en la cultura de nuestros días.

Las conexiones de la paz con la democracia y con los derechos fundamentales parecen evidentes en la cultura jurídica actual, como también parece evidente que las teorías clásicas sobre la guerra justa, construidas desde su relación con el Derecho, «el *ius ad bellum*», han quebrado por la imposibilidad de limitar y controlar los daños de una guerra nuclear, y por las consecuencias aún desconocidas de una guerra bacteriológica o química.

El derecho a la paz y toda la reflexión ética que está en su entorno sirve para deslegitimar el «*ius ad bellum*», aunque no es tan seguro que sirva para fundamentar un auténtico derecho fundamental a la paz. El estatuto del derecho a la paz difícilmente puede integrarse en una teoría de los derechos fundamentales, y no sólo por razones técnicas, aunque también por ellas. Las razones que impiden o dificultan la incardinación del derecho a la paz como derecho fundamental son las siguientes:

- a) La ambivalencia de la titularidad que se predica de los pueblos o de los grupos. Ante la dificultad de una fundamentación moral en relación con los pueblos la titularidad se transfiere a cada individuo, respecto al cual es difícil establecer la correlación de la obligación de los Estados, que son quienes —como titulares de la soberanía— pueden desencadenar las guerras y favorecer su realidad.
- b) La generalidad de sus contenidos, que abarcan al conjunto de la vida social y que comprenden a todos los derechos fundamentales, que serían integrados en este derecho hércules.
- c) La inaplicabilidad de esta pretensión moral de los individuos en el ámbito del Derecho interno, donde se convierte en un sinsentido puesto que en él están vigentes, en una sociedad democrática se entiende, los derechos de libertad y de igualdad, que son su presunto contenido. Por otra parte, la faceta interna de la paz sería la seguridad jurídica, desarrollada en derechos individuales, como las garantías procesales, o en principios como el de legalidad o el de irretroactividad. Sería, pues, un derecho sólo viable en el ámbito de las relaciones entre los Estados.
- d) La inexistencia de un Poder político capaz de impedir el uso de la fuerza, en que consiste la guerra, entre los Estados, y la indefensión de sus presuntos titulares ante esos Estados. Mientras persista una justificación, cualquiera que sea y en cualquier supuesto, del derecho a la

guerra, no se podrá hablar de la existencia del derecho a la paz desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho.

C) *La especificación como ruptura del consenso*

Existe un supuesto, el de la objeción de conciencia, que se puede incluir dentro de este proceso de especificación. Como los otros derechos del proceso identifica a sus titulares no en tanto «homo iuridicus», el hombre o el ciudadano, sino sobre la base de un ser humano situado al margen o enfrentado con ese consenso apoyado en uno de los derechos individuales que lo forman, la libertad ideológica o de conciencia.

La objeción de conciencia será, pues, una desobediencia tipificada y juridificada situada dentro del sistema constitucional, bien por estar reconocida por la Constitución o la ley, o por desprenderse racionalmente de ésta (especialmente de sus valores superiores y de la libertad de conciencia), por la jurisprudencia, normalmente en nuestra cultura jurídica, de los Tribunales Constitucionales. La llamada desobediencia civil no juridificada es un hecho, pero no un derecho fundamental. Hablar también de un derecho a la desobediencia civil, lo que sería equiparable a hablar de un derecho general a la objeción de conciencia, o de un derecho de resistencia, es un sinsentido, casi como referirse a un derecho al no Derecho. Por eso el derecho a la objeción de conciencia sólo se puede articular jurídicamente en parcelas específicas, como una desobediencia civil sectorial, que afecta a un aspecto de la realidad jurídica y que podemos comprender, con estos matices, en el seno del proceso de especificación. Se configura como un derecho subjetivo o como una inmunidad, y supone una excepción a determinadas obligaciones jurídicas por razones justificadas de orden moral, aceptadas por el Ordenamiento. Las personas situadas en una determinada posición de conciencia, no exclusivamente subjetiva, sino con posibilidades de generalización, para las que esa determinada obligación choca con su conciencia, pueden excluirse del cumplimiento de la misma. Sólo cabe objeción de conciencia en re-

lación con la ética privada, mientras la desobediencia civil se refiere siempre a dimensiones de la ética pública.

Podemos identificar al derecho a la objeción de conciencia por los siguientes rasgos.

- a) Supone la regulación jurídica de la exención del cumplimiento de una obligación jurídica fundamental (prestación del servicio militar, por ejemplo) o de una obligación jurídica ordinaria, normalmente derivada de las relaciones laborales o funcionariales (contrato de trabajo o estatuto de funcionario).
- b) Los obligados a consentir ese derecho a la objeción de conciencia, configurada como derecho subjetivo o como inmunidad, son los poderes públicos, pero también pueden serlo los particulares.
- c) La objeción de conciencia se plantea siempre frente a una prestación personal, que es una obligación general legítima, pero cuestionada por sectores que tengan su punto de vista sobre la misma, que no es suficiente para provocar en aquel momento histórico una descalificación general, pero sí para pretender una excepción que desvincule de la obediencia a quienes la sostienen, apoyada en la libertad de conciencia o libertad ideológica.
- d) Es un derecho disenso o reaccional, que no infringe en sí el valor superior de la igualdad, aunque normalmente puede suponer una prestación sustitutoria. Con ese planteamiento no estamos ante un derecho fundamental con características de objetiva estabilidad y permanencia, sino dependiente del mantenimiento de la obligación contraria, y que deja de tener sentido si ésta desaparece.

2. SENTIDO Y CONTENIDO DE LAS INFLUENCIAS IDEOLÓGICAS

Vemos aquí la formación histórica de los derechos desde las aportaciones de las fuerzas sociales y políticas que contribuye-

ron a la formación de su sentido y de sus contenidos. Estamos en el plano de la filosofía política, aunque ésta toma su sentido de la filosofía moral y en gran parte se desarrolla como filosofía jurídica, y estamos en el plano de las grandes ideologías que han contribuido a la formación de la cultura jurídica moderna: el pensamiento liberal, democrático y socialista.

Es otro enfoque tendente al mismo fin que los anteriores, a extraer de la historia su racionalidad, aunque ésta sea provisional y no definitiva, para ensayar una fundamentación que sea racional, pero que tenga en cuenta los elementos históricos, que no prescinda de ellos.

Hasta ahora hemos visto el tema desde los mismos derechos, destacando de un proceso de aparición histórica algunas claves que nos ayuden a entenderlos. Aquí nos situamos en los objetivos del pensamiento que los engendró en las sucesivas generaciones, con los condicionamientos históricos que los explican, con los intereses que los sirvieron, con el sentido que tuvieron en cada momento y con la epistemología que utilizaron para construirlos. Un análisis pormenorizado de esos procesos es más propio de una historia de los derechos. Aquí sólo describiremos los rasgos generales de cada paradigma, con los elementos que nos parecen más significativos para nuestro objetivo.

El modelo liberal de los derechos es el primero en la historia y utiliza como vehículo cultural inicial la ideología del iusnaturalismo racionalista. Este modelo se prolongará hasta nuestros días en lo esencial, a través de las fundamentaciones racionalistas que hemos señalado.

Sólo son derechos aquellos que se pueden justificar racionalmente como pretensiones morales iguales para todos los individuos y para todos los tiempos, y son previos al contrato y al consenso que lo produce. En realidad, tras esta presentación objetiva y racional se esconden unas exigencias históricas y unos intereses sentidos por la burguesía, que es quien impulsa el proceso con el objetivo de limitar el Poder político. Cada derecho, desde la libertad de conciencia y de pensamiento a las garantías procesales que se justifican con razones abstractas, aparecen como exigencias de la realidad histórica del mundo mo-

derno y será juridificado. Es un signo más de que los derechos no surgen en la razón como expresión de la naturaleza, sino como respuesta, como disenso frente a una situación de hecho, que provoca una reacción intelectual que genera los valores que los fundamentan.

Esos titulares de los derechos autónomos y racionales, desligados del mundo de la historia, son una construcción teórica apoyada entonces en el iusnaturalismo racionalista. Desde este planteamiento se descarta el valor del ser humano real e histórico, y con su método, fija los derechos fundamentales de una manera cerrada y definitiva. De ahí la dificultad que tendrá para admitir el proceso de evolución y la incorporación de nuevos derechos fundamentales en el siglo XIX.

En este contexto los derechos representan la idea de la libertad como no interferencia, como creación de un espacio libre a través del Derecho para el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada. La idea aparece paralelamente al modelo del Estado liberal y se formula en declaraciones de derechos, como las americanas de la época de la independencia o como la francesa de 1789.

Efectivamente, los derechos de inspiración liberal suponen la libertad de hacer lo que se quiera, y comprenden los derechos individuales (libertad de conciencia, de pensamiento, de expresión, etc.), las garantías procesales (proceso legal, presunción de inocencia, derecho de defensa), algunas dimensiones de la igualdad formal que responden, como las garantías procesales, a exigencias de seguridad jurídica (generalización de los destinatarios de las normas e igualdad procesal). Este último rasgo se situará más propiamente como principio de organización que como derecho fundamental. Finalmente, como expresión mas visible de los intereses de la burguesía el modelo liberal construirá racionalmente el derecho de propiedad, como derecho fundamental sagrado e inviolable según la Declaración francesa. B. Constant identificará sesgadamente a estos derechos con la libertad de los modernos.

En este modelo liberal se pretende limitar al Poder y fijar las reglas de su relación con la autonomía de los ciudadanos. Se

trata de esclarecer cómo se actúa con el poder, con qué procedimientos y con qué límites, y qué espacio libre queda para la acción de los particulares. Estos derechos no pretenden responder a la pregunta de «¿quién hace las cosas?», sino de «¿cómo se hacen?».

La respuesta a «¿quién hace las cosas?» se dará por la segunda gran aportación ideológica al tema de los derechos, que podemos denominar democrática. Ya el contractualismo, que está en la base de la ideología liberal, había roto la idea del soberano absoluto y apuntado la idea de la soberanía del pueblo, como conjunto de contratantes. Sin embargo, se concebía esta idea como principio de organización y no como derecho fundamental a la participación política.

Corresponderá esta tarea al modelo democrático, que se nutrirá de liberales igualitarios y de socialistas liberales, o que aceptan la libertad política. Desde esas dos plataformas se apoyará al pensamiento democrático en la respuesta a la pregunta sobre «¿quién gobierna?». Es un modelo posterior al liberal y contemporáneo al socialista. Pretende fundamentar y organizar la participación de los miembros de la sociedad civil en el Poder político. Supone una de las dimensiones decisivas de la comunicación entre la sociedad civil y el Estado, y sugiere las contradicciones de un modelo liberal de participación limitada por razones de cultura y de riqueza. Su finalidad no es limitar el Poder, sino extenderlo, haciendo participar a los ciudadanos en la formación de su voluntad.

Los argumentos liberales que pretenden limitar la participación pueden ser, si se les da la vuelta dialéctica, más bien argumentos para justificar los derechos económicos, sociales y culturales. No se trata de que la falta de riqueza o de cultura limiten el derecho a participar, sino que fundamentan otros nuevos derechos con la satisfacción de necesidades básicas, para que todos puedan participar.

Los derechos democráticos son el nexo de unión entre los derechos liberales y los socialistas. Suponen la libertad de participar en la creación de la regulación y del ejercicio de la libertad de hacer lo que se quiera (derechos como no interferencia

del modelo liberal), y de crear las condiciones para que todos puedan beneficiarse de la libertad (derechos prestación del modelo socialista). Favorece la incorporación al Parlamento de los sectores vinculados a la clase trabajadora.

Su repercusión objetiva en el Poder político es ser la principal fuente de legitimidad democrática, cauce para la representación de la soberanía y para la formación del sistema parlamentario. Establecen una relación entre la sociedad civil y el Estado que dificulta los reduccionismos estatistas o socializadores, que pretenden respectivamente, la hegemonía del Estado o de la Sociedad y la incomunicación entre ambas. Sus principales expresiones serán el derecho de asociación, el derecho de sufragio y el derecho a la participación política.

El modelo socialista de derechos fundamentales es el último en el tiempo. Pretende incorporar elementos igualitarios a la libertad y excluir de la misma a las dimensiones con imposible contenido igualitario, como la propiedad. Pretende crear las condiciones para que todos puedan disfrutar de los derechos de raíz liberal y democrática. Pretende, en definitiva, extender a la clase trabajadora los beneficios de la revolución liberal.

Está impulsado por el socialismo reformista que busca integrar el ideario socialista con las conquistas progresivas del Estado liberal: parlamentarismo, Estado de Derecho, derechos fundamentales.

Para su fundamentación no será suficiente la argumentación racional y abstracta de los derechos individuales, sino una que sea capaz de integrar la idea de que los seres humanos que tienen las necesidades son individuos concretos, situados en la historia, con la trascendencia de la insuficiencia de esos modelos históricos.

Este modelo afronta el reparto de bienes escasos, pero sobre todo de bienes a los que no todos pueden llegar desde la autonomía de su voluntad y que, sin embargo son básicos para el desarrollo integral de eso que se ha llamado la dignidad humana. Son los casos en que, por afectar a la posibilidad de que un ser humano se desarrolle como tal, determinadas necesidades se establecen como derechos fundamentales.

Suponen los derechos tendentes a crear las condiciones reales y efectivas para la generalización del disfrute de la libertad. No pretenden, por consiguiente, ser excluyentes, sino compatibles con el modelo liberal y con el democrático. En realidad, se hacen posibles con el modelo democrático, al generalizar la participación, y con la toma de conciencia de las limitaciones que supone el modelo liberal para disfrutar efectivamente de los derechos individuales.

Históricamente incluye a los derechos económicos, sociales y culturales en su dimensión creativa, y excluye de la condición de derecho fundamental a la propiedad. Pretende construir una libertad igualitaria, avanzando en el objetivo de la igualdad material, contribuyendo a la satisfacción de necesidades básicas.

LECCIÓN QUINTA

LA LIBERTAD SOCIAL, POLÍTICA Y JURÍDICA

1. CONCEPTO Y MODALIDADES

1.1. La libertad como fundamento de los derechos

Estamos ante la clave de bóveda de la fundamentación de los derechos, por el engarce directo con la moralidad que tiene el concepto de libertad, tal como aquí vamos a estipularlo. Una reflexión racional, llega a la conclusión de que la libertad es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso.

No debemos olvidar tampoco que los objetivos o fines morales de los individuos, deben ser generalizables, es decir, con posibilidad de ser presentados como razonables y deseables para todos, lo que exige un diálogo que permita escuchar los argumentos del otro, y las ofertas y soluciones que proponga respecto a esos objetivos y fines, así como presentar las propias. Este diálogo se produce en la vida social, y corresponde al tipo de libertad que estamos caracterizando a través de los derechos fundamentales, garantizar la comunicación. Aunque en última instancia la autonomía moral exija una decisión personal, que se favorece por esa puesta en común de argumentos a través de la discusión racional.