

## **DERECHOS FUNDAMENTALES (\*)**

*SUMARIO:* I. INTRODUCCION. II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. A) Fundamentación histórica. B) Fundamentación racional. C) El Derecho positivo de los derechos fundamentales. D) Conclusión.

### **I. INTRODUCCION**

El enunciado de la voz derechos y deberes fundamentales exige una serie de precisiones para el enfoque correcto del tema.

a) No se trata de conceptos correlativos. Cuando alguien tiene un derecho fundamental no siempre existe una relación correlativa de deber fundamental, respecto del cual se pueda entender que tiene un deber fundamental que corresponde con ese derecho.

b) Tampoco se trata de conceptos opuestos. La carencia de un derecho fundamental no supone la existencia de un deber fundamental, ni tampoco la inexistencia de un deber fundamental supone la existencia de un derecho fundamental.

c) Sin embargo conviene precisar la razón por la cual se usa para las dos idéntico adjetivo de fundamentales. Ambos supuestos se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia en los que el Derecho actúa a través de la atribución de un derecho subjetivo a los individuos en el marco de la satisfacción de necesidades fundamentales de la condición humana, o a través de obligaciones que normalmente se

(\*) Versión castellana de la voz “Diritti e doveri fondamentali” destinada al Novísimo Digesto Italiano en la parte referente a los derechos.

establecen por el poder, titular de la soberanía, y que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y funcionamiento del Estado y de la Sociedad.

d) Alguien tiene un derecho o un deber fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece. Son derechos y deberes jurídicos. En el lenguaje ordinario el término derechos fundamentales, derechos humanos en la utilización más extendida, se usa con un sentido más amplio, incluyendo también aquellos supuestos en los cuales esos “derechos humanos” no están incorporados al Derecho positivo. Se atribuye así al término una dimensión moral. Incluso se habla de derechos morales (MacCormick, Finney, Dworkin, Feinberg, Nino, Pérez Luño, Fernández). Si utilizásemos una definición léxica de derechos humanos tendríamos que aceptar ese uso amplio que abarca también a derechos no recogidos en el Derecho positivo. **Pero se obtiene mayor beneficio estipulando que derechos fundamentales se refiere a aquellos derechos recibidos por el Derecho positivo.**

En relación con los deberes se puede hacer una argumentación similar.

e) No se debe desconocer, sin embargo la raíz ética que está en los cimientos de los conceptos de derechos y deberes fundamentales, y que explica la confusión y la identificación de sus dimensiones ética y jurídica. Si parece conveniente reservar lo jurídico para aquellas normas aprobadas por los órganos y por los procedimientos establecidos en la norma de identificación de normas de un Ordenamiento positivo, y en esta materia, no todo lo que ese Derecho positivo calificase como derecho o deber fundamental podría considerarse como tal. Sólo lo sería aquel Derecho que fuera coherente con la moralidad crítica que ha elaborado el concepto de derechos fundamentales o derechos humanos con la pretensión de incorporarlos al Derecho positivo, única dimensión en la cual adquieren los derechos su pleno desarrollo. De ahí la importancia de la indagación sobre esa moralidad crítica que llamo filosofía de los derechos fundamentales.

f) **Los derechos y los deberes fundamentales son del individuo o de los grupos, asociaciones, etc, en que los hombres se insertan pero, a diferencia de los derechos y deberes subjetivos del ámbito del Derecho privado, no comportan solamente beneficios para el titular del derecho, ni los deberes limitan solamente las ventajas que proporcionan a unos directos beneficiarios de los mismos. Suponen en ambos casos ventajas adicionales para el conjunto de los hombres y también para la sociedad y para el Estado.**

Cuando un ciudadano participa, con el ejercicio del derecho de sufragio, no solamente se produce un beneficio para él, sino también para el Estado que re-

cibe el apoyo de su participación, para el Derecho que surja de esos órganos y que tiene mayor consenso y mayor aceptación, y para los demás miembros de la sociedad a los que la participación política de ese ciudadano supone una contribución para afrontar, entre todos, los problemas.

Cuando un ciudadano subviene a las cargas públicas como deber fundamental, está produciendo un beneficio no sólo al ministerio de Hacienda, ante el que tiene que cumplir su deber de pago de los impuestos, sino al Estado que acrecienta su presupuesto de ingresos y a los ciudadanos que se beneficiarán a través de los servicios públicos de esos pagos.

g) Todas las observaciones que acabamos de hacer llevan a una consideración separada de los derechos y de los deberes fundamentales; aunque existan conexiones entre ambos se distorsionaría y se forzaría el análisis al intentar una consideración conjunta.

Históricamente se ha hecho hincapié en uno u otro concepto según las épocas. Las ideologías prevalentes en el Estado Absoluto, o en las modernas sociedades autoritarias y totalitarias han puesto el acento sobre los deberes, mientras que las ideologías liberal y democráticas han insistido en el papel primordial de los derechos.

Hoy parece razonable que ese tratamiento autónomo se haga compatible con las múltiples conexiones que al final habría que poner de relieve.

B) a) Derechos y deberes fundamentales son un concepto histórico. Solamente en el mundo moderno a partir del tránsito a la modernidad se puede hablar propiamente de ellos. Las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que surgen en ese momento histórico permiten usar esos términos con propiedad. Su uso para designar a fenómenos o conceptos propios de etapas históricas anteriores no es correcto.

Los deberes fundamentales se encuentran plenamente en el Derecho de cualquiera de las formas políticas propias del mundo moderno, incluido el Estado absoluto. Los derechos fundamentales sólo aparecerán, en su dimensión integral, reconocidos en el Derecho positivo, a partir del Estado liberal, con una evolución que es indispensable conocer para entender plenamente el fenómeno "derechos fundamentales".

b) Este estudio histórico, para ser comprensivo de todas las dimensiones del problema arranca de los aspectos morales que están en la raíz de los derechos fundamentales. La afirmación de que alguien tiene un derecho o un deber fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece, no debe cerrar el camino a los cimientos morales y a su justificación. La positivación de los derechos fundamentales es el último eslabón de un proceso que se inicia

muy previamente, con la aparición de un depósito de moralidad, la moralidad que expresa la dignidad del hombre, moralidad crítica que tiene la pretensión de convertirse en moralidad legalizada.

c) La dimensión moral previa que, en su proceso de desarrollo histórico, se incorpora al Derecho positivo, para formar los diversos derecho y deberes se sitúa en la historia, como hemos visto, pero tiene un indudable componente racional. La reflexión racional permite construir, en el ámbito filosófico una explicación y una justificación de esos conceptos en su origen y en su evolución hasta alcanzar su plenitud por su reconocimiento jurídico positivo. Existen diversos modelos para esta tarea. Aquí sólo interesa poner de relieve para concluir estas observaciones previas que razón e historia son dos puntos de vista complementarios, y en ningún caso excluyentes para entender el fenómeno de los derechos fundamentales. La razón y su situación en la historia, la razón histórica es el instrumento de análisis que desde el dato antropológico de la condición humana permitirá llegar a las ideas de derechos y deberes fundamentales.

## II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

### A) Fundamentación histórica

a) La dificultad inicial se presenta por el carácter emotivo del término derechos fundamentales, que se utiliza muchas veces para producir, o de hecho produce, en los que lo reciben sentimientos de apoyo, de indignación, de entusiasmo, etc. La formulación de definiciones persuasivas, o la utilización retórica del concepto son riesgos que se deben evitar. Junto a ese esfuerzo hay que señalar que la utilización de conceptos como dignidad humana, libertad e igualdad es imprescindible para el razonamiento que conduzca a entender la noción de derechos fundamentales. Es cierto que son conceptos que incluyen valores, pero parece imposible no utilizarlos y también es imposible prescindir de sus dimensiones valorativas. Si se quieren evitar todos esos riesgos se corre también el peligro de no decir nada relevante. Una vez más aparece claro que la neutralidad (la wertfreiheit) es un objetivo imposible en la filosofía jurídica, política y moral, y en las ciencias sociales.

La aproximación al concepto se puede hacer desde la dimensión sincrónica y desde la dimensión diacrónica; ambas son complementarias y las vamos a considerar sucesivamente.

b) La aparición del concepto de derechos fundamentales se producirá en la historia a partir del tránsito a la modernidad. Cuando en estudios históricos actuales se hable de los derechos fundamentales en la Edad Antigua o en la Edad Media se está utilizando impropriamente esta palabra. Las ideas de dignidad, de libertad y de igualdad se encuentran en la historia antes del Renacimiento, pero no se formularán como derechos hasta el mundo moderno.

Tres puntos de vista históricos son relevantes para entender la aparición y el desarrollo de esos derechos fundamentales, y el papel que la historia juega en ellos.

Se trata del contexto económico, social, cultural y político de su aparición, de los ámbitos de su génesis histórica y de los rasgos generales de su evolución desde el momento en que se incorporan por primera vez al Derecho Positivo, con la revolución liberal en el siglo XVII, en Gran Bretaña y en el siglo XVIII en las colonias inglesas de Norteamérica y en la Francia de 1789.

c) La sociedad en sus orígenes en los siglos XVI y XVII, aunque el principio de la modernidad arranca de más atrás, va adquiriendo una serie de dimensiones en cuyo seno aparece el concepto de derechos fundamentales.

Es un período profundamente transformador donde muchas estructuras económicas, sociales, culturales y políticas del mundo medieval desaparecen y otras se adaptan y sobreviven. En el ámbito de la sustitución de las nuevas que llenan el vacío y de las que proceden de la Edad Media, aparece la idea de los derechos fundamentales. Lo nuevo va tejiéndose de lo viejo (Walser) y también de la ruptura y de la contraposición con lo viejo. La idea de dignidad humana, de libertad y de igualdad se encuentran ya en la cultura precedente, pero serán necesarias situaciones nuevas para que los hombres a partir del Renacimiento las empiecen a pensar desde un nuevo concepto: los derechos fundamentales.

Estas situaciones y rasgos nuevos que vamos a enumerar se interinfluyen entre sí, y todos ellos explican el contexto que hace posible la aparición histórica de nuestro concepto. No podemos desarrollarlos en profundidad. En trabajos de Naef, Burckhardt, Ferguson, Laski, Sombart, Von Martin, Garin, etc, se encuentran profundos análisis sobre el significado de esta época.

El cambio en la situación económica y social, con la aparición de un sistema económico, que en su evolución será el sistema capitalista, con la aparición de la burguesía como clase individualista y en ascenso frente al enmarcamiento de los hombres en los gremios y en las corporaciones, propio de la Edad Media, impulsará la iniciativa individual, el protagonismo de la persona. El hombre se liberará del status y se relacionará en la sociedad como individuo libre

frente a otros hombres libres, comerciantes, profesionales, artistas, con la competencia como criterio. Entre las consecuencias directas de esa situación aparecen los derechos del individuo, del burgués, necesarios para romper esas trabas y para afianzar su protagonismo.

En el ámbito político las estructuras plurales del poder político medieval son sustituidas por el Estado como forma del poder, racional, centralizado y burocrático, que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima (Weber). La soberanía como concepto identificador de ese poder, como poder absoluto y perpetuo de la república (Bodino), tendrá a partir de ese momento como primera función la producción del Derecho, que será así un instrumentum regni para acabar con los poderes medievales.

Los derechos fundamentales serán un límite al poder del Estado para garantizar un ámbito de autonomía y de libertad al individuo burgués. En efecto, esa burguesía al emerger se amparará en el Estado naciente, todavía como Estado Absoluto para fortalecerse y para fortalecer al sistema económico, frente a los gremios, al feudalismo y a todas las trabas existentes para la libertad de comercio y de industria. A partir del siglo XVII, en Gran Bretaña, y del XVIII en Francia, en el resto de Europa y en las colonias inglesas de América del Norte, la fuerza de la burguesía le llevará a reclamar la participación en ese poder político. Entonces el individualismo de la burguesía apoyado en las ideas del contrato social y de los derechos -que entonces se presentaban como derechos naturales- junto con los demás rasgos de la cultura liberal, usando como arma intelectual el iusnaturalismo racionalista, se separarán, combatirán y finalmente destruirán a ese Estado Absoluto que primero sirvió a sus intereses.

Puede parecer que Estado Absoluto y derechos fundamentales son términos contrarios, sin embargo, la centralización administrativa, el monopolio del poder, subsistirán en el Estado liberal, y serán imprescindibles para poder proclamar unos derechos abstractos del hombre y del ciudadano, teóricamente al menos, destinados a todos, al homo iuridicus.

Una nueva mentalidad, impulsada por los humanistas y por los hombres de la reforma, que influirá y será a su vez influida por la organización económica, por el protagonismo de la burguesía y por el poder del Estado, coincidirá en la defensa del individualismo, del racionalismo y del proceso de secularización. La fé y la religión dejarán de ser un límite al poder y los derechos del hombre tomarán su relevo en una sociedad más laica y más autónoma respecto de la Iglesia. No es casual que la tolerancia, precursora de la libertad de conciencia y de religión sea el primer derecho fundamental que se formulara con carácter moderno. Ya en 1598 en un texto positivo "El Edicto de Nantes"

aparecerá, en sus artículos secretos, la referencia a la libertad de conciencia.

El humanismo, que se iniciará sobre todo en Italia ya a partir del siglo XIV (Burckhardt, Garin), supone una nueva visión del mundo, de la naturaleza, del arte, de la moral, en oposición a la visión totalizadora, dominada por la filosofía escolástica, del mundo medieval, y es signo y también impulsa los primeros rasgos de la sociedad secular individualista. Desde Pico de la Mirandola hasta Erasmo o Tomás Moro, pasando por Budé, Rabelais, Montaigne entre otros, se produce una exaltación del individuo, se reivindica la libertad del hombre, su competencia y su capacidad para construir con autonomía en el arte, en la literatura, en la cultura. La afirmación de la dignidad, y del valor propio del hombre llevará a una ética de la libertad apoyada en los sofistas, en los epicureos y en los estoicos, con un gran componente escéptico o relativista. Esta ética de la iniciativa humana, impulsó en la organización de la sociedad, en las reglas sociales y especialmente en el Derecho, la creación de un ámbito de autonomía, de lo que se ha llamado después la libertad negativa o libertad como no interferencia, raíz de los primeros derechos fundamentales.

Sin entrar a fondo en la influencia del fenómeno protestante en la formación del mundo moderno, si podemos decir que contribuye a reforzar el individualismo y el papel del sujeto individual en la sociedad y en la historia. La ruptura de la autoridad de la Iglesia, el libre examen y la traducción de la Biblia en lengua vulgar, supondrán un impulso de la iniciativa individual, del pluralismo, del relativismo y de la tolerancia, aunque naturalmente el fenómeno protestante es más complejo (Troeltsch). Especialmente podemos encontrar estas aportaciones en el protestantismo nuevo y sobre todo con las sectas minoritarias: espiritualistas místicos, anabaptistas, socinianos, arminianos, puritanos, independentistas, antitrinitarios. Muchos de los autores iusnaturalistas, tan importantes en el origen histórico de los derechos humanos, como Grocio, Thomasio, Pufendorf o Barbeyrac, pertenecerán a estos sectores heterodoxos. Aunque parezca contradictorio estos elementos y una ética de la predestinación, producirán tipos humanos que viven casi fanáticamente la entrega al mundo y a la profesión, bien insertos en los intereses y en las necesidades de la burguesía.

Este contexto que acabamos de describir, configurará los rasgos de una sociedad y de una cultura en cuyo seno aparece la idea de derechos fundamentales. El auge de la ciencia fortalecerá la confianza en la razón frente a la autoridad y la confianza en el dominio progresivo de la naturaleza. Los hombres serán los auténticos protagonistas de la historia. La secularización supone un alejamiento de la cultura eclesiástica donde a la autoridad de la Edad Media se

contraponen la soberanía de la razón. La garantía que Dios representaba en el orden medieval desaparece con el proceso de secularización y habrá que buscar unas garantías de orden que sustituyan a las anteriores, que habrá que encontrar en la misma naturaleza humana: es el orden del individualismo, de los derechos fundamentales. El interés por la naturaleza y el racionalismo, como plena confianza en el valor de la razón como instrumento de conocimiento, para dominar la naturaleza y para descubrir sus regularidades y sus leyes, tanto en el campo de la naturaleza física como de la sociedad, serán los instrumentos para la elaboración de la filosofía de los derechos humanos.

d) En esa sociedad que acabamos de identificar, tres serán los ámbitos en los cuales aflorarán específicamente los derechos fundamentales, favorecidos por esos elementos que propiciaron un tratamiento de la dignidad del hombre en su desarrollo histórico, con el punto de vista nuevo: el debate sobre la tolerancia, el debate sobre los límites del poder y el que se produce para la humanización del Derecho en el ámbito penal procesal. Las tres formas históricas iniciales de los derechos fundamentales, tal como cristalizan en la revolución liberal, en las primeras Declaraciones de derechos, en correspondencia con esos tres procesos serán las libertades individuales, los derechos políticos y de participación y las garantías procesales. Esta constatación es una comprobación de la imposibilidad de una fundamentación racional de los derechos que prescindan de la historia. Por esa razón combinamos el análisis diacrónico con el sincrónico.

La ruptura de la unidad religiosa con la aparición del protestantismo llevará a buscar en la Europa del siglo XVI diversos caminos para reencontrarla. Así el camino religioso, las reuniones o coloquios (como el de Poissy en Francia), el principio de que cada pueblo debe seguir la religión de su príncipe: “cujus regio ejus religio” (Paz de Ausburgo) y principalmente la utilización de la fuerza para restablecer la unidad perdida. Las guerras de religión serán la consecuencia de este último supuesto. Cuando se empiezan a comprender los daños que estas guerras producían, con la pérdida de vidas humanas, con el enfrentamiento civil e incluso familiar y con el daño consiguiente para el comercio, empiezan a aparecer doctrinas que defienden el respeto a la conciencia, y el derecho individual a adorar a Dios, de acuerdo con los criterios de cada uno, sin intervención del poder en esas materias. La defensa de la tolerancia, y más tarde de la distinción entre Derecho y moral (Thomasio), será el cauce para la defensa de la conciencia frente a las imposiciones en materia religiosa. Jellinek en una conocida polémica con Boutmy en torno al origen de la Declaración francesa de 1789, dirá que los derechos humanos surgen con ocasión de la

defensa de la tolerancia en las colonias inglesas de Norteamérica (Roger Williams). Es verdad en parte tal afirmación, aunque la primera lucha histórica por la tolerancia no se produce en el siglo XVII en las colonias inglesas, sino un siglo antes en Europa, Francia y Países Bajos principalmente, aunque también hay signos en Alemania o en Gran Bretaña.

La defensa de la tolerancia se produce al negar al poder competencia para decidir y para intervenir en materia de fé. En ese ámbito, la iniciativa corresponde al individuo; el poder está limitado y no puede ejercer la fuerza para orientar la conciencia de cada uno. La historia de la Tolerancia (Lecler), llevará a distinguir entre Derecho y moral (Thomasio), quedando el fuero interno protegido frente al Derecho expresión del soberano. Será el primer paso para la protección de un ámbito de autonomía para la conciencia, para el pensamiento y después para la opinión y para sus formas de expresión.

e) Una generalización de la reflexión sobre la tolerancia, llevará al gran debate que conduce a la superación del Estado Absoluto y a la Revolución liberal: será la reflexión sobre los límites del poder.

La presión de la burguesía y su reclamación del poder político, ocupado ya el poder económico, cuestionará también las bases del Estado absoluto.

Desde tres puntos de vista se discutirá ese poder absoluto y se preconizará su limitación: desde la justificación del poder, desde la organización del poder y desde la relación del poder con los ciudadanos.

Frente a la justificación teológica del poder (Filmer, Bossuet) se defenderá el origen consensual desde las teorías pactistas, no siempre homogéneas entre ellas, aunque aquí sólo interesa señalar la sustitución del origen divino del poder por el pacto, por "el conenant", por el acuerdo entre los ciudadanos. Desde los iusnaturalistas racionalistas, hasta Rousseau, pasando por Hobbes y por Locke, la generalización de esta justificación del poder, será el origen de la participación política y del principio de las mayorías.

Uno de los diagnósticos de estos autores se refiere a la necesidad de dividir al poder, para contraponer un poder a otro y para que se equilibren y se contrapesen. Así en una segunda dimensión referida a la organización del poder, se propugna la limitación del poder a través de su separación. Es el poder el que debe detener al poder (Montesquieu). En esta reflexión se iniciará una corriente hoy definitivamente establecida para trasladar la soberanía desde el monarca hasta el poder legislativo, el Parlamento, con lo que ésta se transferirá al pueblo (lucha contra la prerrogativa regia en Gran Bretaña. Locke). Estos puntos de vista, junto con los referentes al origen del poder, estarán en la

raíz de la participación política, derecho de sufragio, etc, como derecho fundamental.

Finalmente se cuestionará el poder absoluto desde su relación con los ciudadanos y en este campo se defenderá como límite del poder la existencia de unos derechos naturales, previos al poder y que éste debe respetar. La idea de la libertad como no interferencia se desarrolla en esta reflexión que es la principal justificación de la aparición de las declaraciones de Derechos (desde el Bill of rights, impuesta a Guillermo de Orange y a su esposa para acceder al trono de Inglaterra, hasta la declaración de 1789). En los nacientes Estados Unidos de América, la declaración de derechos que se añade en 1791, como diez primeras enmiendas, a la Constitución Federal de 1787 se presentará como una garantía de límite del Poder Federal respecto a los ciudadanos que se consideran aún ciudadanos de los Estados y no de la Unión.

f) El movimiento por la humanización del Derecho penal y procesal será decisivo para la configuración de los derechos fundamentales tal como aparecen en el inicial Estado Liberal.

Propiamente es una dimensión particular de la lucha por la limitación del poder, como lo es también el problema de la tolerancia. Así desde una perspectiva que prescindiese de los matices históricos, se podría reducir racionalmente todo el inicial movimiento de los derechos fundamentales a un movimiento por limitar el poder absoluto. Sin embargo, parece conveniente mantener la división tripartita que aquí hacemos, porque, tanto la tolerancia que aparece inicial y automáticamente al principio, como la lucha por la humanización del Derecho Penal y Procesal, tienen una dinámica propia, con independencia de sus conexiones últimas con lo que hemos denominado lucha por los límites del poder.

Este movimiento se referirá tanto a la independencia de los tribunales respecto del poder regio (Montesquieu) como a la impugnación de la tortura como medio para obtener pruebas y como pena, y a la existencia de un procedimiento con garantías (principio de legalidad, garantías frente a la detención ilegal), derechos del acusado a presentar pruebas, etc). En esa línea Beccaria, Voltaire y antes Montesquieu, al vincular la libertad política en relación con el ciudadano con la bondad de las leyes criminales.

Tanto en los textos ingleses del XVII, especialmente el Acta de Habeas Corpus (1679), como en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) o en las diez primeras enmiendas a la Constitución americana (1791) se reflejará esta corriente, con la importancia que tienen en ellas las garantías procesales y los derechos del detenido.

h) Con el triunfo de la revolución liberal, en Francia, en los Estados Unidos y con su extensión progresiva a otros países, se iniciará propiamente, en su plenitud, la peripecia histórica de los derechos fundamentales.

Desde ese momento hasta hoy, esa evolución se puede analizar desde tres procesos que la explican: su positivación, su generalización y su internacionalización. En este triple punto de vista se abarcan las etapas que nos conducen a lo que hoy entendemos con esta noción de derechos. Ciertamente que la comprensión plena sólo se produce con la integración a este análisis diacrónico, del sincrónico de la fundamentación racional. Ambos son interdependientes y el reduccionismo al elemento histórico, con exclusión del racional o viceversa, mutila la idea de derechos fundamentales.

i) Por la positivación entendemos el movimiento que se produce a partir del siglo XVIII, coincidiendo ya con el iusnaturalismo en sus últimas fases de hegemonía y con su posterior crisis, en virtud del cual se constata la insuficiencia del concepto de derechos naturales y la necesidad de su integración en el Derecho positivo para la eficacia social de los derechos. La fundamentación racional no sirve para detener y limitar al poder y es necesario que este asuma esa filosofía y la incorpore a su Derecho positivo. Toda la crítica a la insuficiencia del Derecho Natural (Kelsen, Bobbio), sirve para la crítica a los derechos naturales. Ya el propio iusnaturalismo había incorporado la necesidad de esa positivación, no solamente en Hobbes, la única función del Derecho natural es justificar al Derecho positivo (Bobbio), sino en otros autores como Locke o Pufendorf.

La necesidad de superar el Estado de naturaleza, donde el disfrute de los derechos es inseguro y los hombres se encuentran expuestos a ser atropellados por otros hombres, en definitiva, la justificación del contrato social y del poder que en su consecuencia, es el principio del proceso de positivación. Si a eso añadimos que la finalidad de ese poder es precisamente, a través del Derecho, la defensa de esos derechos insuficientemente defendidos en el Estado de Naturaleza, se está desde Locke propugnando la necesidad de su positivación. La falta de eficacia de la Ley Natural y la necesidad de un Derecho apoyado en la fuerza del poder soberano (Pufendorf), conducen a la misma conclusión. Estos planteamientos se encuentran también en los restantes autores de la escuela. No es de extrañar así que un texto tan aparentemente iusnaturalista como la Declaración francesa de 1789, contenga ya su famoso artículo 16 que explícitamente exige la positivación de los derechos: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”.

En los siglos XIX y XX, el proceso de positivación se perfilará y se completará con la toma de conciencia de la necesidad de las garantías y de la protección judicial de los derechos fundamentales.

Este punto de vista es algo más que la descripción de unos hechos históricos. Si los derechos fundamentales no tienen la fuerza que el apoyo del poder, y la propia consideración del Derecho como organización de la fuerza suponen, están sin terminar, no sirven para la organización de la vida social, ni para expresar eficazmente la forma moderna del reconocimiento de la dignidad humana. Hasta su positivación son argumentos morales, banderas de lucha y de resistencia, y pueden llevar a actuaciones heroicas, pero no se apoya nada a esos movimientos, y quizá se añada confusión a las personas sencillas, hablando en esos casos de derechos aunque se añada el adjetivo morales. El proceso de positivación expresa en la cultura jurídica y política la pretensión de que los derechos dejen de ser razón sin fuerza y que la fuerza se racionalice con esos criterios morales.

La aparición en el Derecho positivo, especialmente en las Constituciones y en las leyes ordinarias de declaraciones de derechos, es un signo de la aceptación social de esta idea.

j) Quizás la dimensión más importante para la comprensión actual de nuestro tema sea la generalización de los derechos.

Frente a la teórica afirmación de origen iusnaturalista de que los derechos eran para todos los hombres (Declaración de derechos del Pueblo de Virginia, 1776, Declaración de independencia de los Estados Unidos, 1776, Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, 1789), la realidad era muy distinta. Algunos de los derechos no se extendían a todos, como la participación política o el sufragio, y se justificaba esta discriminación (Kant, liberalismo conservador); otros derechos que podían tender a impulsar esa igualdad, como el derecho de asociación, eran tajantemente prohibidos y otros de los más importantes, como el de propiedad, calificado de inviolable y sagrado era de imposible contenido igualitario. El proceso de generalización pretende superar ese desajuste entre unas declaraciones de igualdad natural y una realidad que lo negaba, intentando convertir en reales los principios de 1789 de libertad, igualdad y fraternidad.

Se niega esta posibilidad por dos movimientos contradictorios, el liberalismo conservador que afirmaba la imposibilidad de mantener la libertad si se generalizaba para todos (Constant, Guizot) y el socialismo totalitario (Marx, Engels, Lenin) que pretende la descalificación despectiva del concepto, construyendo la igualdad precisamente desde el postulado de la desaparición de la

libertad y de las instituciones jurídicas y políticas surgidas de la revolución liberal. Sin embargo, sectores cada vez más importantes, tanto en el seno del liberalismo (Stuart Mill) como del socialismo (Blanc Lasalle, Bernstein) **llevarán adelante la generalización de los derechos fundamentales, partiendo de la tesis de que no existe contradicción, sino complementariedad entre los ideales de la revolución liberal y del socialismo, entre la libertad y la igualdad.**

Así el paso del sufragio censitario al sufragio universal y el reconocimiento del derecho de asociación, supondrán la incorporación de la clase trabajadora al sistema parlamentario representativo, y esa integración a su vez generará un nuevo tipo de derechos, los económicos, sociales y culturales y explicará el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho.

A partir de este proceso histórico frente a los reduccionismos de la libertad sin igualdad o de la igualdad sin libertad, se podrá construir una teoría de los derechos fundamentales con la raíz complementaria de esos dos valores de libertad y de igualdad, que se pueden integrar en la idea de una libertad igualitaria.

También esta dimensión ayudará a construir la fundamentación racional de los derechos.

k) El proceso de internacionalización es el más actual de los tres que explican los derechos fundamentales desde su devenir histórico. Pone de relieve la existencia de una contradicción entre el hecho de que el poder político nacional sea el creador del Derecho interno, donde se recogen y se protegen los derechos, y al mismo tiempo sea el límite del poder la defensa de individuo ante el poder, una de las razones que justifican su aparición.

Por otra parte, la defensa de los derechos humanos en la sociedad actual exige la concentración de los Estados para una defensa más eficaz (derecho a la vida frente al terrorismo, o de otros derechos frente al crimen organizado a nivel internacional). Esa defensa no se puede producir en el estrecho marco del Estado, porque el enorme progreso de las comunicaciones abre al hombre el universo en su integridad. Hoy el espacio del mundo es asequible para todos en poco tiempo y las organizaciones de todo tipo tienden a desbordar las fronteras nacionales.

Así se entienden las dos dimensiones básicas que están en la raíz de la progresiva tendencia a un tratamiento de los derechos fundamentales a nivel internacional. Por un lado esta extensión se funda en planteamientos de filosofía política, abierta a la idea del Estado mundial o de la supranacionalidad y de la superación de la soberanía, y por otro en exigencias más pragmáticas, usando los instrumentos clásicos del Derecho internacional especialmente los

tratados multilaterales o bilaterales. Todavía muchos Estados contemplan con desconfianza el primero de los puntos de vista y se resisten a entregar parcelas de su soberanía a un órgano supranacional. Solamente en áreas geopolíticas formadas por Estados sustentados por ideologías homogéneas, el proceso de internacionalización ha progresado (Consejo de Europa).

La dificultad mayor en este proceso de internacionalización está en la inexistencia de un poder político efectivo, por encima del Estado, y capaz de garantizar la eficacia del Derecho internacional de los derechos fundamentales. Este subsiste aún con el acuerdo de los Estados, aunque en el área de los 21 países del Consejo de Europa se haya producido el hecho nuevo del recurso individual, que abre al ciudadano a la condición de sujeto de ese Derecho internacional (Robertson, Vasak, Morrison, Castberg, Jacob, Uribe Vargas).

En todo caso, problemas como el peligro de la guerra nuclear impulsa de nuevo la vieja utopía de la paz por el Derecho (Kant), que hoy es objeto de interés y reflexión desde la filosofía política y jurídica (Bobbio), y dentro de esa corriente se inserta también un nuevo impulso por la internacionalización de los derechos fundamentales.

## **B) Fundamentación racional**

a) La dimensión sincrónica nos introduce en el problema de la fundamentación de los derechos, que no recibe una respuesta unánime sobre su viabilidad. Muchos Filósofos del Derecho, de la Política o de la Moral, se han interrogado sobre la posibilidad de una fundamentación en este campo, e incluso se ha negado el reconocimiento al propio concepto de derechos fundamentales (M. Villey).

En las posiciones filosóficas que se llaman no cognoscivistas se rechaza la posibilidad de una fundamentación racional de los juicios de valor, porque no son susceptibles de verificación o falsación empírica (Kelsen, Carnap, Stevenson, Ayer, Olivecrona) y esa posición se extiende también a la negación en el campo de los derechos fundamentales. No tiene sentido para esos autores preguntarse por ese tema.

Sin embargo la cuestión preocupa y ocupa a la Filosofía moral y política.

En el coloquio del Instituto Internacional de Filosofía (L'Aquila 1864), diversos autores se plantearon el tema de la fundamentación (Perelmann, Bobbio). Existen varios modelos de fundamentación de los derechos que completan las diversas facetas de la evolución histórica que hemos ya analizado.

En ese coloquio, Bobbio rechazará la posibilidad de un fundamento absoluto, coherente con su línea crítica del Derecho Natural. **El problema no es para Bobbio justificarlos sino protegerlos para que sean reales y efectivos.** La fundamentación iusnaturalista de los derechos, que fue la más importante en el origen histórico de los mismos, sufre hoy la crisis de las doctrinas del Derecho Natural. **Es la tesis de unos derechos naturales, descubribles por la razón en la naturaleza humana, y válidos exclusivamente por su racionalidad** (Maritain, Cotta, Finnis, Lachance).

Esta justificación desconoce la mediación del poder en la producción normativa, y la necesidad de que la validez del Derecho positivo se contraste con la eficacia derivada del uso del Derecho, de su obediencia por los destinatarios de las normas. Es una racionalidad sin fuerza, que así no puede garantizar ni la paz ni la seguridad (Bobbio) y que incorpora, con el subjetivismo interpretativo que introduce, una gran inseguridad (Bentham).

Junto al modelo iusnaturalista clásico, otras propuestas de fundamentación pueden ser asimismo identificadas como iusnaturalistas. Así, las concepciones de una ética material (Scheler y Hartman) que defienden la existencia de valores en sí, sistemáticos e invariables y descubribles por la intuición, o la teoría de los derechos morales, que incide en la confusión entre Derecho y moral de la que se había desembarazado la cultura europea a partir del siglo XVII (Tomasio).

Otras fundamentaciones abiertas al iusnaturalismo desde un liberalismo progresista son las de Rawls y Dworkin.

Para Rawls el núcleo es la hipótesis de una posición original en la que unos individuos situados bajo un velo de ignorancia, deciden racional, libre e interesadamente sobre las bases de organización y principios de convivencia. Estos principios suponen que cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos, y en segundo lugar que las desigualdades económicas y sociales sean para mayor beneficio de los menos aventajados y que los cargos y las funciones sean asequibles a todos. Del primer principio se derivan derechos naturales absolutos, puesto que sólo pueden ser restringidos en favor de la libertad y para potenciar el conjunto de libertades, o cuando los destinatarios entienden y aceptan que son restricciones justificables por razones de interés común.

La filosofía de Dworkin se funda principalmente en el rechazo del positivismo y en la postulación de que en el Derecho coexisten las normas con principios, es decir, imperativos de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión

de la moral. En relación con los derechos fundamentales, éstos constituyen criterios para valorar a las leyes y a la costumbre. Los hombres tienen derechos morales que les protegen frente a las decisiones que pudieran querer tomar la mayoría de los ciudadanos. El modelo es un modelo constructivo basado en los derechos, en concreto en el derecho de todo individuo a ser tratado como igual, y supone la promesa, en una visión contractualista, que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas. Esos derechos no pueden ser negados por razones utilitarias o de interés general, si el poder quiere tomarse los derechos en serio.

**Estas posiciones iusnaturalistas rompen el equilibrio entre razón e historia, desde una desconsideración o desconocimiento de la historia. Las justificaciones positivistas producen el reduccionismo contrario: extraen todos sus argumentos de la realidad histórica y desconocen o desconsideran a la razón.**

En la perspectiva más común, la fundamentación positivista es reconducible a la teoría formalista de la Justicia (Bobbio) y considera el Derecho positivo como Derecho justo (Hobbes). Los derechos fundamentales serán así aquellos que estableciese, sin ningún límite y sin ningún respeto a contenidos morales previos, el legislador en una sociedad democrática. (La sociedad no democrática o no se plantea el tema o si se hace es para ocultar las vergüenzas del sistema político con una referencia retórica a los derechos humanos). Esto, por otra parte, es incompleto, porque el poder en una sociedad democrática no es neutro ante los principios, sino que por el contrario incorpora unos valores coincidentes con los que fundamentan a los derechos humanos.

No parece por consiguiente posible sostener lógicamente una fundamentación positivista.

Hay que señalar la posición de Bobbio, el argumento del consenso, donde los derechos estarán tanto más fundados cuanto más aceptados. La Declaración Universal de 1948, como la mayor prueba histórica del “consensus omnium gentium” sobre un sistema de valores. La observación de Maritain es la mejor respuesta a la propuesta de Bobbio: el acuerdo existía, pero a condición de que no se preguntase el por qué.

Esta justificación se mueve exclusivamente en una dimensión historicista, como ocurre con la de Dino Pasini, que en varios trabajos los fundamenta en una evolución histórica que va desde los derechos naturales en el origen del Estado Liberal hasta los derechos sociales que pretenden que la igualdad jurídica no sea anulada y violada por una desigualdad de hecho. Es una concepción histórica dinámica que implica el progresivo reconocimiento, el respeto y la tutela jurídica del hombre y que Pasini, en un planteamiento metodológica-

mente próximo al que hacemos aquí, estudia en su desarrollo en el tiempo.

Esta fundamentación positivista-historicista, considera a los derechos como históricos, variables y relativos y acentúa su origen social. Son obra del hombre en sociedad (Eusebio Fernández). También este reduccionismo es rechazable porque disminuye la raíz de la fundamentación al prescindir de su dimensión racional.

b) Una fundamentación racional no es incompatible con la historia. Por el contrario, la razón del hombre es siempre razón, situada históricamente y las realidades que pretende ordenar u organizar, están asimismo situadas en la historia.

Si los derechos fundamentales tienen una realidad dualista, filosofía de los derechos fundamentales y Derecho positivo de los derechos fundamentales y si el paso de una dimensión a otra necesita de la mediación del Poder, entendido como conjunto de Instituciones, operadores jurídicos y ciudadanos que usan y aplican el Derecho, los problemas de fundamentación se sitúan en la filosofía de los derechos fundamentales con una repercusión importante en el tema del poder.

Partimos de la idea de que la raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana que se puede explicar racionalmente como la expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre, que le diferencia de los demás seres, como su libertad de elección o libertad psicológica, (el hombre es el único animal capaz de decir no (Scheller), el lenguaje, la capacidad de razonar y de construir conceptos, etc.

El desarrollo de esta dignidad humana ha puesto de relieve en la historia moderna, la existencia de dos grandes valores, la libertad y la igualdad imprescindibles en la vida social para que el hombre pueda desarrollar su moralidad.

Partimos de la idea de que los hombres se reconocen mutuamente su dignidad y la existencia de los dos valores de libertad e igualdad. Este planteamiento es producto de un consenso racional, consecuencia de la situación comunicativa ideal (Habermas) y conduce a la conciencia de la emancipación de los hombres respecto de la necesidad, con el desarrollo de esos intereses y valores. La relevancia de éstos se produce por la condición de generalizables, es decir, válidos para conseguir un consenso universal. Incluso para reforzar el carácter empírico de la fundamentación se ha recurrido al concepto de necesidad (Heller y otros autores de la escuela de Budapest, Hierro, Pérez Luño), y en concreto al de necesidad radical como categoría axiológica, para construir un sistema axiológico basado en el reconocimiento y satisfacción de las necesidades,

como preferencias derivadas de la exigencia fáctica objetivamente generalizables. La dificultad del paso de las necesidades a los valores (Marchello) se puede superar entendiendo a éstos como una racionalización abstracta que parte de la experiencia real de las necesidades en el ámbito de la argumentación que en la situación comunicativa ideal se produce entre los seres que forman la sociedad. Es un deber ser que no se separa del ser, es una proyección que el hombre hace, es un producto de la historia del hombre. El hombre tiene necesidades, y éstas expresan una carencia. La satisfacción de las necesidades es la superación de la carencia y cuando la satisfacción se piensa se produce un valor. Así el valor es una abstracción mental realizada sobre la experiencia humana de la necesidad (Bobbio), siempre que la necesidad sea generalizable por la extensión de su realidad y que el valor pueda ser elevado a categoría general, deseable por la mayoría para satisfacer esa necesidad.

Libertad e igualdad o libertad igualitaria, como expresión de las preferencias generalizables para la satisfacción de las necesidades radicales, es decir, como valores, están en la raíz de los derechos fundamentales que se explican por su referencia a uno, a otro o a ambos.

El poder que convierta en Derecho positivo a esa moralidad de la dignidad humana, debe participar de la creencia en los mismos valores y situarles como decisiones políticas fundamentales para ser integradas en su ordenamiento jurídico. La faceta jurídica de esos valores convertidos en decisiones políticas del constituyente, son su consideración como normas básicas materiales, que, junto con las normas básicas formales -órganos y procedimientos para la producción de normas-, constituyen los criterios de identificación del Ordenamiento.

c) Esta fundamentación sincrónica se articula con la diacrónica para la mejor comprensión de los derechos.

El valor libertad irá apareciendo con perspectivas parciales que se explican mejor tras analizar los problemas históricos y racionales:

1) La aportación liberal: la libertad de hacer lo que cada uno quiera. Es la libertad como no interferencia.

2) La aportación democrática, la libertad para intervenir en el establecimiento de los criterios de hacer o para poder hacer lo que se quiera, la libertad participación.

3) La aportación socialista es la libertad para poder hacer lo que se quiera. Es la libertad prestación.

La primera está en la raíz de los derechos individuales (libertad de pensa-

miento, de expresión, religiosa, inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones, etc).

La segunda está en la raíz de los derechos políticos (derecho de participación política, de acceso a los cargos públicos, derecho de sufragio).

La tercera está en la raíz de los derechos económicos, sociales y culturales.

La igualdad a su vez aparecerá como igualdad formal y como igualdad material. La igualdad formal, que aparece a partir ya del Estado Liberal se presenta en cuatro dimensiones:

1) Como generalidad, estableciendo un abstracto destinatario de las normas, el hombre y el ciudadano. Todos son destinatarios del Derecho y todos están sometidos a las mismas instituciones y Tribunales.

2) Como equiparación lo que supone trato igual de circunstancias no idénticas. Se produce cuando no se consideran relevantes a efectos jurídicos circunstancias como el sexo, el nacimiento, la raza, la condición social, etc, (principio de no discriminación).

3) Como diferenciación. Cuando se considera relevante la presencia de circunstancias que justifican un trato desigual (la riqueza, la edad, la ciudadanía).

4) La identidad de procedimiento o igualdad procesal que supone la existencia de unas reglas previas e imparciales, iguales para todos, para resolver los conflictos y para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos.

La igualdad material se encuentra menos elaborado y obliga a plantear el tema de entre quienes y respecto a qué cosas (Bobbio).

Entre los muchos criterios que se pueden alegar en este caso por coherencia con todo lo anterior, nos remitimos al criterio de la igual satisfacción de las necesidades básicas que está, junto con la libertad de prestación, en la raíz de los derechos económicos, sociales y culturales, y en el proceso de desfundamentación de algún derecho de imposible contenido igualitario como la propiedad.

### **C) El Derecho positivo de los derechos fundamentales**

a) Con estos elementos diacrónicos y sincrónicos se puede entender mejor el proceso de incorporación de los derechos fundamentales al Derecho positivo, normalmente con rango constitucional, o en todo caso con reserva de Ley. La creación judicial de los derechos fundamentales tiene más sentido en el origen,

en el sistema anglosajón, aunque las técnicas de limitación del poder en que consistirá el control de la legalidad de la Administración y de la Constitucionalidad de las leyes, ampliará el protagonismo de los tribunales de justicia en la producción de los derechos.

Los primeros derechos recogidos en textos de Derecho positivo, son los relativos a la tolerancia y al respeto, a la conciencia, como el Edicto de Nantes en el siglo XVI (1598). Junto a estos derechos se protegerán las libertades individuales, en el siglo XVII en Gran Bretaña, en la lucha frente a la prerrogativa regia, Petition of Rights (1628), Bill of Rihts (1689) y también las garantías procesales (Habeas Corpus Act 1679).

También encontramos declaraciones de derechos en las Colonias Inglesas de Norteamérica en el Siglo XVII. (Rhode Island, Massachussets, West y New Jersey, etc).

En el Siglo XVIII, con el triunfo de la revolución liberal en Francia y en las Colonias Inglesas que constituirán los Estados Unidos de América, se producirán las Declaraciones de Derechos que comprenden especialmente libertades individuales y garantías procesales (Virginia 1776, Francia 1789, diez primeras enmiendas a la Constitución americana, 1791).

En el siglo XIX se producirá la extensión de la Revolución liberal a otros países (España, Bélgica, Prusia y otros Estados alemanes, Piamonte, etc). Asimismo se iniciará el reconocimiento del derecho de Asociación (Francia, Gran Betraña, Prusia, España, etc), aunque con retrocesos a veces importantes. También se inicia el reconocimiento jurídico de algunos derechos económicos y culturales como el derecho a la educación o el derecho al trabajo (Francia 1848).

En el siglo XX se producirá la generalización del sufragio (Francia, Gran Bretaña, Alemania, Italia, España) y la aparición del Estado social de Derecho con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (República de Weimar 1919, República Española 1931). Este fenómeno se consolidará tras la victoria de las democracias frente al nazismo y al fascismo (Constituciones italiana, 1947, y alemana, 1949) y tras la desaparición posterior de varios regímenes autoritarios (Portugal, Grecia, España).

Por fin el proceso de internacionalización se consolidará tras la segunda guerra mundial en el ámbito universal, (Declaración de la ONU 1948) y Pactos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales (1966); en el ámbito regional especialmente en América (Declaración 1948 y Convención 1970) y en Europa (Convenio Europeo y protocolos adicionales a partir de 1950).

b) El Derecho de los derechos fundamentales será el conjunto de normas de

un Ordenamiento jurídico positivo fundadas en la moralidad de la defensa de la dignidad del hombre, de los valores de libertad y de igualdad que representan las normas materiales básicas de ese ordenamiento.

Desde el punto de vista subjetivo es un error identificar a los derechos fundamentales con la categoría de los derechos subjetivos. Se puede perfilar su caracterización a través de la consideración de los opuestos y de los correlativos jurídicos de cada modelo (Hohfeld, Ross, Nino, Atienza).

Los derechos fundamentales pueden ser:

1) derecho subjetivo, cuyo opuesto es el no derecho y el correlativo el deber. Existe derecho subjetivo frente a alguien cuando ese titular tiene el derecho de exigir un deber de otra persona (derecho a la vida y a la integridad física si se trata de un deber negativo o derecho a la asistencia o a la educación si se trata de un deber positivo).

2) libertad (privilegio la llama Hohfeld), cuyo opuesto es el deber y cuyo correlativo es el no derecho.

Un individuo tiene la libertad de realizar algo cuando ningún otro tiene derecho a exigir que ese individuo realice ese algo o se abstenga de realizarlo (libertad de expresión, libertad de reunión).

3) potestad, cuyo opuesto es la incompetencia y cuyo correlativo es la sujeción.

Una persona tiene la potestad de producir ciertos efectos jurídicos respecto a otra, si ésta está sujeta frente a la primera, es decir, si ésta puede modificar con ese acto la situación jurídica de la segunda (derecho a la participación política).

4) inmunidad, cuyo opuesto es la sujeción y cuyo correlativo es la incompetencia.

Una persona tiene inmunidad frente a otra cuando ésta no puede alterar el status jurídico de la primera (el derecho a no ser privado de la nacionalidad, la inviolabilidad del parlamentario).

A veces estos modelos teóricos se mezclan, aunque uno de ellos es siempre prevalente. Así será difícil distinguir entre el correlativo de derecho subjetivo -deber- y el correlativo de libertad -no derecho-. El deber de no atentar contra la vida es difícil de distinguir del no derecho para eximir una determinada expresión o para impedir esa determinada expresión del titular de la libertad de expresión.

c) Además de esta clasificación que pretende distinguir el puesto de los dere-

chos fundamentales en la relación jurídica, éstos pueden ser clasificados con arreglo a los siguientes criterios:

1) Por las formas de producción: podemos distinguir los derechos según su forma de incorporación al Derecho positivo: por el Derecho legal (Constitución, Ley) y por el Derecho judicial (jurisprudencia de los tribunales). El primer supuesto se sitúa más en el ámbito del Derecho continental y el segundo en el Derecho anglosajón, aunque hoy en día la integración de ambos criterios es la regla más general.

2) Por las garantías. Este es un criterio muy importante, hasta el punto de que se afirma que el auténtico problema de los derechos es el de su garantía más que el de su fundamentación (Bobbio). Se puede distinguir entre garantías judiciales y no judiciales. Entre las primeras se sitúan las obtenidas a través de los tribunales ordinarios y por los tribunales constitucionales (amparo) y entre las segundas las parlamentarias (comisiones de investigación) y las del ombudsman o Defensor del pueblo. Este mismo esquema se puede reproducir en el ámbito internacional aunque las garantías jurisdiccionales son muy escasas (Convenio de derechos humanos del Consejo de Europa).

3) Por el contenido de los derechos podemos distinguir: derechos individuales (a la vida, al honor, libertad religiosa, libertad de opinión y de expresión, etc); económicos sociales y culturales (huelga, sindicación, garantías de higiene y de seguridad en el trabajo, derecho a la sanidad y a la seguridad social, derecho a la educación); derechos de sociedad, comunicación y participación (libertad de circulación, libertad de prensa y de información); derechos de seguridad (garantías procesales y penales) y derechos políticos (derecho a la participación política, derecho de sufragio, derecho a elecciones periódicas, derecho a un acceso igual a funciones y cargos públicos).

4) Por el ámbito de aplicación pueden ser estatales o nacionales e internacionales. Estos últimos tienen origen diverso, valor jurídico desigual, diferente ámbito de aplicación, diferentes garantías y diferentes sujetos o destinatarios.

5) Por razón del sujeto titular pueden ser derechos del individuo, de las comunidades infraestatales (familiares, partidos), de los Estados en la esfera interna y de los Estados y de los pueblos en la comunidad internacional.

6) Por razón de su forma de ejercicio pueden ser: derechos autonomía, derechos participación, derechos prestación y derechos deber. En los primeros el titular puede actuar libremente en un ámbito acotado por el Derecho sin interferencia de otros. En los segundos el Derecho habilita al titular para intervenir

en las principales dimensiones de la vida de las Instituciones, y en los terceros el titular está habilitado para reclamar una actuación positiva por parte de los poderes públicos. Son derechos de crédito frente a esos poderes. En los último, el titular del derecho es, al mismo tiempo, titular de un deber (el derecho a la educación en España y el derecho de sufragio en Bélgica por ejemplo).

d) Quizás el problema central de una teoría jurídica de los derechos fundamentales sea el de sus formas de producción y el de sus garantías.

Una observación de la realidad permite constatar que la incorporación de los derechos fundamentales al Derecho positivo se suele producir por medio de las normas jurídicas de más alto rango en la cadena de validez del Ordenamiento, principalmente la Constitución y la Ley. Es razonable porque los derechos fundamentales cumplen una función de límite al poder, y de guía para el desarrollo del Derecho en todos sus escalones a través de todos los operadores jurídicos. No tendría sentido que su positivación se produjese en otros niveles inferiores.

Su constitucionalización se sitúa en la cultura jurídica actual con una serie de rasgos que identifican en ella los derechos fundamentales.

1) Son Derecho y, por consiguiente, utilizables por sus titulares sin necesidad de esperar a un desarrollo legislativo.

2) Aquellos desarrollos de los derechos imprescindibles para su mejor tutela deben hacerse por Ley, y en algunos casos se explicita la garantía de que ésta debe respetar el contenido esencial de los derechos reconocidos en la Constitución (República Federal Alemana, España).

3) En algunos supuestos específicos, generalmente en el ámbito de los derechos económicos y sociales, de aquellos que exigen una prestación positiva de los poderes públicos, algunas dimensiones instrumentales (como las que organizan los servicios públicos que deben realizar la prestación) se regulan por disposiciones reglamentarias del ejecutivo.

4) La función de límite del poder y de guía de producción del Derecho la realizan como normas básicas materiales del ordenamiento. A veces también se positivizan los valores superiores que son su fundamento (artículo 1º-1 de la Constitución Española).

Eso supone que la identificación de una norma como perteneciente a un Ordenamiento (validez) no se produce exclusivamente con los criterios formales, órganos habilitados y procedimiento, que identificaban al Ordenamiento como dinámico (Kelsen), sino también con su necesaria congruencia con esas normas básicas materiales que son los derechos fundamentales.

5) Desde ese punto de vista son normas secundarias, en el sentido de Hart, normas de producción de normas, porque presuponen la existencia de otras normas, sus destinatarios son los operadores jurídicos que tienen que producir otras normas o usar las ya existentes y proporcionan una guía acerca de como han de usarse o producirse otras normas, que alcance darles, cuando otorgar precedencia a alguna, cuando considerar a otra inconstitucional, etc. (Carrió). Se puede decir que todas las normas del ordenamiento en su creación, interpretación y aplicación, se basan materialmente en los derechos fundamentales que suponen así la Constitución material.

6) En su dimensión de derechos subjetivos, libertades, inmunidades, los destinatarios de estas normas son normalmente los ciudadanos, aunque pueden serlo también operadores jurídicos, pero desde este punto de vista no son normas secundarias, sino primarias, normas de conducta que permiten hacer, que prohíben hacer, que permiten exigir comportamientos de otros, que permiten modificar situaciones-jurídicas de otras personas, etc. Cuando los derechos fundamentales sean potestadas se puede sostener que son normas secundarias para la producción de otras normas.

e) Aún sin llegar al extremo del realismo escandinavo y de otras posiciones judicialistas de identificar al Derecho exclusivamente a través de su aplicación por los jueces, la garantía de la eficacia de las normas es muy importante para evitar sacrificar a los que lo cumplen voluntariamente, en beneficio de los infractores, rompiéndose así el principio de igualdad y favoreciendo la creencia de que no produce consecuencias no respetar las normas, en este caso las referentes a los derechos fundamentales.

Se puede hablar de garantías genéricas para referirnos al contexto de la sociedad en que estos se sitúan. Son los presupuestos de la sociedad democrática, tanto desde el punto de vista jurídico político como desde el punto de vista económico social y cultural. Sin una limitación del poder, a través de su origen consensual y basado en la soberanía popular, una separación de poderes y una aceptación de que los derechos son límite al poder y guía para el resto de la producción normativa, sin respeto al principio de las mayorías, sin un sistema parlamentario representativo, sin participación de los ciudadanos, sin sometimiento de los gobernantes al Derecho, etc., no puede arraigar un sistema de derechos fundamentales.

Por otra parte sin la satisfacción de una serie de necesidades básicas como la educación, la sanidad, la vivienda, la seguridad social, no se puede pretender un uso igual de los derechos, ni una atribución igual de los beneficios que éstos producen entre todos los ciudadanos.

La tendencia a que estas condiciones se realicen progresivamente en la sociedad es una garantía indirecta o genérica como la hemos calificado. Es el problema de la mediación del poder, entre la moralidad y el Derecho positivo de los derechos fundamentales, vista desde otro punto de vista. Es, en definitiva, la identificación de la filosofía de los derechos y de su posible juridificación con la sociedad y el poder democráticos.

Las garantías específicas suponen la actuación de los tribunales o de otros operadores jurídicos habilitados para ello, en los supuestos en que el incumplimiento, desobediencia o no utilización de una norma que recoge un derecho fundamental, puede impedir la función de norma básica material que los derechos realizan o pueden frustrar la pretensión de los titulares de esos derechos fundamentales como derechos subjetivos, como libertad, como potestad o como inmunidad.

Así, las garantías en relación con los derechos fundamentales cumplen dos objetivos:

1) Contribuyen a la custodia de la Constitución; en este caso preservando a los derechos como normas básicas materiales (normas secundarias), como criterios de validez y de identificación de normas.

Esta función se realiza a través del recurso de Inconstitucionalidad (Alemania, Italia, Francia, España, etc), en los sistemas en que existe una jurisdicción concentrada (Tribunales Constitucionales) o a través de recursos ordinarios cuando existe una jurisdicción difusa, atribuyéndose esas competencias a los Tribunales ordinarios, y especialmente al Tribunal Supremo (Estados Unidos).

También se puede producir en el nivel inferior cuando los derechos están recogidos exclusivamente en leyes (3ª república francesa) o desarrollados de éstas, a través de la acción de los Tribunales Administrativos (Tribunales Ordinarios especializados en el control de la Administración). Sin embargo la positivación de los derechos fundamentales a través de la Ley, puede producir la intervención, en estos casos de los Tribunales Constitucionales, con lo cual, de alguna manera la incorporación de la regulación de los derechos en leyes ordinarias dota a éstas de una especial protección e incluso puede llevar a través de esa protección a un aumento de su rango en relación con otras leyes ordinarias. No entrará en juego, por ejemplo, el principio derogatorio del criterio cronológico -lex posterior derogat anterior- (Decisión del Consejo Constitucional Francés sobre la Ley de Asociaciones de 1901).

2) Protegen a los titulares de los derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades

Lo hacen por medio de los Tribunales ordinarios: por la vía penal cuando se sanciona con una pena la infracción de un derecho que constituye delito (homicidio, torturas, allanamiento de morada, coacciones, prevaricación, calumnias e injurias, etc); por vía civil cuando se solicita una indemnización en un supuesto de violación de un derecho (reclamación civil frente a la prensa por violación de la intimidad personal o familiar); por vía administrativa, ante la actuación por vía de hecho de las administraciones públicas frente a un derecho fundamental (prohibición de reuniones o manifestaciones, negativa a inscribir una asociación, etc). Normalmente en estos supuestos se suelen establecer procedimientos sumarios y urgentes para agilizar el restablecimiento del derecho violado.

En determinados sistemas jurídicos existe la posibilidad de acceso directo del ciudadano a los Tribunales Constitucionales, una vez agotados todos los recursos ordinarios y en relación sólo con algunos derechos especialmente los civiles y políticos (recurso de amparo en España).

Otros operadores jurídicos no judiciales pueden contribuir a la garantía de los derechos fundamentales: la Administración puede fomentar ejercicio a través de la aplicación a determinados casos de sanciones positivas o premios (Bobbio). Así cuando se favorece la contratación, con incentivos o con exenciones tributarias a los empleadores que contraten trabajadores de primer empleo, o que se encuentren en el paro; el Parlamento puede contribuir asimismo por medio del control del gobierno por la oposición (interpelaciones, preguntas, comisiones de investigación, debates políticos, etc) y por medio de las peticiones que los ciudadanos dirijan a las Comisiones de peticiones; finalmente, con origen escandinavo, aparece el Ombusman o Defensor del Pueblo, el defensor cívico, que es un órgano normalmente dependiente del Parlamento, que defiende los derechos de los administrados frente a la Administración.

Algún autor considera que las garantías pueden ponerse en marcha aunque no se haya infringido una norma, puesto que el Derecho está formulado por principios además de por normas (Dworkin). En todo caso la resolución de juez que aplica el principio es ya una norma y la propia competencia del juez para resolver es consecuencia de una norma que le habilita para producir normas.

En la dimensión internacional la garantía es aún poco efectiva en Naciones Unidas, y en la mayor parte de las regulaciones regionales con excepción del Consejo de Europa.

Desde el 3 de septiembre de 1953 entró en vigor la garantía de los derechos fundamentales para las demandas entre los Estados y en 1955 se inicia la posi-

bilidad del recurso individual, en virtud del cual cualquier persona sometida a la jurisdicción de un Estado miembro que haya aceptado el procedimiento del artículo 25 del Convenio Europeo, puede acudir ante la Comisión Europea en defensa de un derecho de los protegidos en el mismo. Admitida la demanda individual, y fracasada la conciliación que debe intentar la Comisión tras un examen contradictorio “la Comisión redactará un informe en el que hará constar los hechos y formulará un dictamen sobre si los hechos comprobados implican, por parte del Estado interesado una violación de las obligaciones que incumben a tenor de la convención (art. 41). El asunto puede concluir en el Comité de Ministros del Consejo de Europa que tomará las medidas para establecer el derecho violado, o ser trasladado al Tribunal, por la Comisión, por el Estado miembro del ciudadano ofendido, por el Estado miembro que haya presentado el caso ante la Comisión, y por el Estado que haya sido demandado ante la Comisión.

La sentencia del Tribunal será motivada y en ella se puede condenar al Estado que haya violado alguna de las obligaciones establecidas en la Convención a que entregue a la parte lesionada “una satisfacción equitativa”, si el Derecho interno de dicha parte sólo permite de manera imperfecta borrar las consecuencias de esta decisión (art. 50). Los Estados miembros se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean partes (arts 32 y 54).

#### **D. CONCLUSION**

Los derechos fundamentales desde el punto de vista con que se abordan aquí suponen un cauce para tratar correctamente los problemas del Derecho justo. No es casual que se afirme reiteradamente que son el Derecho Natural del tiempo actual. Sin embargo, esa referencia no parece pertinente, aunque lo es que se han convertido en los criterios de valoración del Derecho positivo. Frente al reduccionismo iusnaturalista -la validez se reduce a justicia y al positivista- la teoría formalista de la justicia que reduce su justicia a validez (Bobbio), los derechos fundamentales poseen una dimensión ética, que se convierte en eficaz con su incorporación al Derecho positivo con la intermediación del poder, que asume los mismos valores que los derechos representan y por esa razón impulsa su positivación.

En su dimensión ética la integración entre libertad e igualdad, o la construcción de una libertad igualitaria, siguen siendo tema clave en nuestra cultura

jurídica, y nuevos problemas como la guerra, el hambre en muchos pueblos, o la contaminación y la degradación del medio ambiente, son objeto de deliberación moral que se orienta hacia la ampliación de nuevos derechos.

En el Derecho positivo la superación de la relación Estado-Individuo, y su ampliación a otros ámbitos, como la protección de los derechos frente a los particulares, y muchas veces éstos pueden ser tan poderosos como los Estados (las multinacionales), o la extensión del ámbito donde se pueden aplicar (a toda la sociedad) y el fortalecimiento de las dimensiones internacionales de su reconocimiento y de su protección son temas que hoy ocupan la reflexión en el pensamiento jurídico. Los derechos fundamentales siguen provocando emoción y resentimiento y siguen siendo también una importante razón, con todas sus limitaciones, de la esperanza de la humanidad.