

ASPECTOS E IMPLICACIONES DE UNA INTERPRETACIÓN INTEGRAL-MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

María Isabel Garrido Gómez

Universidad Complutense de Madrid.



UNA de las cuestiones que más interés despierta a la hora de abordar el estudio de los derechos fundamentales es la de su interpretación. La causa radica en la gran trascendencia que ofrece, no sólo para la Teoría general de los derechos fundamentales, sino también para la Teoría y la Filosofía jurídicas, al suponer una concepción determinada del Derecho y porque de la postura asumida dependerá la amplitud de los derechos y su eficacia real, prolongándose sus implicaciones en la actuación de los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como en la de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. Este interés es aplicable a la Sociología jurídica, puesto que a ella le compete desenvolver dos órdenes complementarios: por un lado, el del problema de la sociedad en el Derecho, es decir, el de las conductas sociales conformes o no a los esquemas jurídicos formales; y, por otro, el del problema de la posición y función del Derecho en la sociedad¹.

¹ PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E.; DE ASÍS, R., de, con la colaboración de M. J. FARIÑAS, A. LLAMAS, J. ANSUÁTEGUI, J. P. RODRÍGUEZ y J. M. SAUCA, *Curso de Teoría*

La primera dificultad se presenta al observar la complejidad del debate que existe en torno a la extensión que debe poseer tal interpretación. Alexy analiza el panorama doctrinal y hace una crítica de las teorías denominadas «unipuntuales», que son las que por definición pretenden, con un patente reduccionismo, remitir los derechos fundamentales a una tesis básica, y de las doctrinas «combinadas», que son las que tratan de las variadas funciones, aspectos o fines de esos derechos, no ofreciendo más que una colección de *topoi* muy abstractos que pueden entrar en colisión, utilizables según los deseos de cada momento. El autor califica las dos versiones de insuficientes, pues, si bien la teoría «combinada» expresa que es necesario tener en cuenta varias perspectivas, no es aceptable que, al final, realice únicamente una enumeración no vinculante de puntos de vista. Por esta razón, Alexy propone elaborar una teoría «integrativa»².

Compartiendo esta visión, la pregunta planteada es la de cuáles son los planos en los que nos debemos centrar. La respuesta resulta de que no podemos comprender completamente el contenido de los derechos fundamentales si no estimamos un nivel estructural, reconducido a sus elementos integrantes, a la relaciones que imperan entre esos elementos, a los modelos de mediación y a los principios que ordenan las relaciones existentes; y otro funciona, investigador de los fines a alcanzar desde puntos de vista internos y externos, objetivos y subjetivos. Ambos planos se conectan de forma que es preciso fijar espacios comunes de referencia. El punto de partida más conveniente creemos que es el normativo. En esta línea, los derechos fundamentales cabrían definirse, siguiendo a Peces-Barba, como «aquellos regulados por regla general en la Constitución, conformadores de un subsistema jurídico propio, aunque no aislado, que se despliega por las leyes orgánicas u ordinarias y por la jurisprudencia, singularmente la del Tribunal Constitucional». Cada norma reguladora de un derecho se relaciona con las reguladoras de otros derechos o del mismo derecho, conformando una esfera jurídica, un «subsistema» dentro de la totalidad de los preceptos constitucionales y del «sistema jurídico» amplio, con rango de norma básica material. La concordancia entre los componentes del «subsistema

del Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 136 y ss.; TREVES, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de M. Atienza Rodríguez, M. J. Añón Roig y J. A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 133 y ss.

² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 36 y ss.

jurídico» es un requisito de coherencia, que exterioriza una unidad de cohesión interna y de diferenciación externa adecuada a unos criterios formales y materiales de pertenencia al modelo ³.

Avanzando en el análisis, el siguiente paso consistiría en la especificación de qué entendemos por «función». Muy genéricamente, podríamos decir que es «la tarea, o conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuibles con carácter primario a los elementos que operan “en”, o “sobre”, un sistema por el sujeto que actúa, mediante los citados elementos, en la dimensión sistémica». Especificación que hace visible el hecho de que, cuando realizamos un examen funcional, siempre se hace referencia a que un elemento (x) desempeña una tarea (y) en un contexto más amplio (s) ⁴. Si aplicamos estos esquemas a los derechos fundamentales, es evidente su multifuncionalidad. La postura de Bóckenforde, al afirmar que la teoría de los derechos en cuestión depende de la concepción del Estado que se mantenga y de la teoría de la Constitución que se sustente, es buena prueba de lo expuesto. A tales efectos, distingue entre las teorías «liberal» (del Estado de Derecho burgués) —en la que los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado—, «institucional» —donde los derechos fundamentales tienen el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales protegidos por ellos—, «axiológica» —caso en el que los derechos fundamentales se presentan como elementos y medios de la creación del Estado, normando un «sistema de valores o bienes», un «sistema cultural»—, «democraticofuncional» —en la que los derechos fundamentales alcanzan su significación como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política— y del Estado «social» —que intenta superar el desdoblamiento entre la libertad jurídica y

³ Sobre el concepto de «sistema jurídico», ver KELSEN, K., *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, Universidad Autónoma de México, México, 1995, pp. 129 y ss., y HART, H. L., *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 99 y ss. Sobre la necesidad de un análisis estructural y funcional conjunto de los derechos fundamentales, ver PECES-BARBA, G., con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS CASCÓN, *Curso de derechos fundamentales (Teoría general)*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 353 y ss. y 413 y ss.

⁴ BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 67 y ss.; BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel y F. Torres, Valencia, 1980, pp. 255 y ss.; FERRARI, V., *Funciones del Derecho*, trad. de M. J. Añón Roig y J. de Lucas Martín, Debate, Madrid, 1989, pp. 49 y 53; GIASANTI, A., y POCAR, V. (eds.), *La teoría funzionale del Diritto*, Unicopoli, Milán, 1981.

la real—. La «liberal», la «democrática» y la «social» son de naturaleza teleológica. La liberal» pone de relieve la importancia de la libertad negativa frente al Estado. La «democrática» prescribe la libre participación en la comunidad. Y la «social» constata que, al menos, la libertad formal y la fáctica adquieren igual rango ⁵.

Al hilo de esta argumentación, la teoría del «uso alternativo del Derecho», representada por Barcellona, Cotturri, Ferrajoli o Rodotá, supone una nueva forma de interpretar los derechos fundamentales al servicio de las clases populares que crea un nuevo poder democrático. Propugna hallar un marco jurídico que favorezca la liberación de la clase obrera, erosionando el orden constitucional vigente. La actuación del intérprete y del aplicador jurídico ha de ser valorativa de naturaleza política, que actualice las cláusulas más progresistas. De otro lado, el movimiento de los *Critical Legal Studies* dota también al discurso jurídico de una dimensión histórico-social y de una consideración política, mediante su enjuiciamiento como instrumento potencial de valoración ⁶. De todo ello se desprende que nos movemos entre dar una solución jurídica, o sobrepasar esta frontera y aportar una solución que derive de planteamientos políticos. Pues bien, si reflexiona-

⁵ BOCKENFORDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requemo Pagés y L. Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft-ift, Baden-Baden, 1993, pp. 44 y ss. BLACKBURN, R., y TAYLOR, J. (eds.), «Human Rights for the 1990s: Legal, Political, and Ethical Issues», Mansell, Londres, 1992. Sobre la interpretación especial de la Constitución, ver, EHMKE, H., «Principien der Verfassungsinterpretation», en DREIER, R., y SCHWEGMANN, F., «Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse», Baden-Baden, 1976, pp. 164 y ss.; HÁBERLE, P., «Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem "zeitgerechten" Verfassungsverständnis», en id., pp. 293 y ss. Por su parte, K'STERN utiliza una combinación de elementos, ver su obra *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1., Munich, 1984, pp. 125 y 126 (hay trad. castellana *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987), y ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 1 y ss.; CANOSA USERA, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 99 y ss.

⁶ Sobre el uso alternativo del Derecho, ver BARCELLONA, P. (ed), *L'uso alternativo del Diritto*, Laterza, BARL 1973; BARCELLONA, P., *Uso alternativo del Derecho y legitimación de las «praxis emancipatorias»*, en BARCELLONA, P. y COTTURRI, G., *El Estado y los juristas*, trad. de J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1992, pp. 254 y ss.; FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2001; RODOTÁ, S., y ZOLO, D., *La ciudadanía: appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994. En España, ver LÓPEZ CALERA, N. M.; SAAVEDRA LÓPEZ, M., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Sobre el uso alternativo del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1978. En cuanto a los Critical Legal Studies, cfr. KELMAN, M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, 1987; KENNEDY, D., *A critique of Adjudication: fin de siècle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., Londres, 1997; PÉREZ LLEDÓ, J. A., *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Tecnos, Madrid, 1996; UNGER, R., *Conocimiento y política*, trad. de L. Rodríguez Ozán, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

mos sobre la relación entre lo «jurídico» y lo «político», es indudable que todo fenómeno social se puede transformar en político, en tanto que fija nuevas decisiones, se organiza como un conflicto, constriñe a la intervención del poder, motiva reajustes en la distribución de los bienes y obliga a valorar cuáles son los objetivos que la comunidad debe perseguir como «bien público». La actividad política es actividad social que se da en la convivencia humana, o que hace referencia a esa convivencia, representando la Constitución, la ordenación jurídica básica de la esfera político-social. El Derecho legitima la actuación de los poderes públicos y hace que sus actos sean vinculantes, produciéndose un nexo entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales y viceversa. La limitación del poder que aquí se produce es parte del ejercicio del poder. La transición de un Estado liberal a otro social se traduce en el abandono de la mera imposición de cortapisas al ejercicio del poder político, para dar contenido a la acción positiva de los poderes públicos dentro de un consenso y de un compromiso de posibilidades ⁷.

Desde este ángulo, los Textos constitucionales representan la fuente de las fuentes del Derecho, y dentro de ella la cúspide la encarnan los valores, principios y derechos fundamentales, dando unidad de sentido a todo el sistema con un carácter de cierta indeterminación ⁸. En particular, el artículo 1 de la Constitución española establece: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Estos valores traen consigo una axiología nuclear en la interpretación de todo derecho fundamental, la combinación axiológica respectiva da como resultado un tipo de Estado, que en nuestro caso se resuelve en una fórmula integrativa. Por añadidura, el artículo 10. 1 —«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»— es postulable como vía de apertura dinámica de los derechos. Y el 10.2 hace un llama-

⁷ PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 34; ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón Abellán, con epílogo de G. PECES-BARBA, Comunidad de Madrid-Trotta, Madrid, 1995, p. 14. Y el libro de FIX-ZAMUDIO, H., *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, Porrúa, México, 1985.

⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 140 y ss.; K. HESSE subraya que los derechos fundamentales forman un todo con la Constitución (*Derecho constitucional y Derecho privado*, trad. de Gutiérrez Gutiérrez, Cívitas, Madrid, 1995, p. 58).

miento a que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas en la Constitución sean interpretadas conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España sobre esas materias ⁹.

El problema interpretativo forma parte, así, del razonamiento jurídico, de la investigación de los significados con arreglo a la referencia que las normas efectúan a los datos político-sociales, en lo relativo al conocimiento de los hechos y a su relevancia; y según la responsabilidad del legislador ordinario y del juzgador constitucional al interpretar la normatividad a través de la mediación de tales datos, dando vida en cada caso a la «mejor» solución jurídica dentro de las que son 11 posibles». De lo que se concluye que la actuación concretizadora deberá someterse siempre a los límites jurídicos contenidos en la Norma constitucional, ponderándose los derechos afectados ¹⁰. Mas si la interpretación de los derechos fundamentales ha de mantenerse en los límites de lo jurídico en el sentido expuesto, ¿qué fuerza tiene el artículo 3.1 del Código civil al establecer que las normas han de ser interpretadas según «el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu o finalidad de aquéllas»? La respuesta será la de que, dado el precepto, los derechos estudiados han de ser comprendidos ajustándose a los dictados de la Constitución para que no se incumpla el principio de respeto a la jerarquía normativa, usando los métodos regulados en el Código civil como instrumentos de captación, conforme a las reglas de la «sana crítica».

⁹ Los valores previstos en la Constitución otorgan al Ordenamiento jurídico su sentido propio y han de estar presentes en toda su interpretación y aplicación, ver GARCIA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1980, pp. 98 y 99; PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 12 y ss., y la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1997, de 2 de octubre.

¹⁰ Pero lo dicho nunca puede llegar a justificar actuaciones concretizadoras de los derechos fundamentales contrarias a la regulación de los derechos fundamentales llevada a cabo por el legislador, ya que entonces las resoluciones serían constitutivas de arbitrariedad. Cfr. al respecto ANSUÁTEGUI ROIG, J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1997, pp. 31 y ss.; DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, pp. 15 y ss. En el sentido de dar un mayor protagonismo al juez, cfr. OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 185 y ss.



Los citados criterios sintetizan, dentro de una perspectiva tridimensional, los elementos fácticos, axiológicos y normativos coexistentes de acuerdo con un proceso en continua interacción dinámica, que muestra que la emergencia de los derechos fundamentales está condicionada por la evolución de las relaciones sociales y jurídico-políticas, en la dirección de que los adquiridos en un momento dado, sirven de apoyo a la emergencia ulterior de otros nuevos ¹¹. Históricamente, esas mutaciones cuantitativas y cualitativas se sitúan desde el período comprendido entre los siglos XVI y XIX —en el cual se sucedieron hitos y escuelas que influyeron decisivamente en su formulación, como son la Escuela racionalista del Derecho natural, la Ilustración, la doctrina liberal y democrática, las Revoluciones inglesa, americana y francesa y la elaboración de distintas Constituciones— hasta la actualidad, haciéndose notoria la continua tensión entre el nivel de las aspiraciones ideológicas y el técnico de la positividad de las normas jurídicas ¹².

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN INTEGRAL-MATERIAL.

El artículo 5.º1 de la Constitución estipula que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 11 del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a). En él aparece

¹¹ EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, pp. 372 y ss.; REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, trad. de A. Mateos, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 84 y ss.

¹² CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de A. Pentimalli y B. Ribera de Madariaga, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 17 y ss.; CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, pp. 35 y ss.; OESTREICH, G., y SOMMERMANN, K. P., *Pasado y presente de los derechos humanos*, edic. a cargo de E. MIKUNDA, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 22 y ss.; PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982, pp. 1 y ss. La tensión entre los niveles ideológico y técnico es tratada por ARA PINILLA, L., *Las transformaciones de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 21 y ss., y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho*, cit., p. 131.

mencionado el núcleo central de los derechos fundamentales, a la par que se funcionaliza en la determinación de su auténtico significado y alcance, reforzándose el principio general de constitucionalidad.

Dentro de la dogmática contemporánea, es la doctrina alemana de los primeros años del siglo XX la que inicia el tratamiento del «contenido esencial». Háberle, que relaciona el contenido esencial con el principio de ponderación de los bienes jurídicos, rechaza las posiciones absolutas que dan a aquél un carácter de dimensión obtenida con independencia del «todo» constitucional, puntualizando que su especificación se hace en función de los otros bienes jurídicos. Al conectar los bienes de igual o superior valor, se fijan los límites internos de cada derecho y, en consecuencia, su contenido esencial. Otra aportación interesante la realiza Schneider, que parte de la importancia que tiene la garantía del contenido mencionado en la protección de los derechos, requisito constitutivo de la Norma constitucional. El autor piensa que la frontera se construye como precepto de seguridad actualizado conjuntamente con los derechos fundamentales. Lo que se pretende es reforzar su salvaguarda frente al poder estatal, acatándose el contenido esencial, además, por el legislador cuando elabora leyes, y por el juez en la resolución de colisiones entre derechos fundamentales¹³.

El Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 111/1981, de 8 de abril, asienta que el contenido esencial de los derechos fundamentales es «aquella parte del conjunto de un derecho sin el cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de los intereses para cuya consecución se otorga». Simultáneamente, la sentencia enumera los dos métodos por los que se puede esclarecer en régimen de complementariedad. Uno establece la relación entre el

¹³ HÁBERLE, P., *Die Wesensgehaltgarantie des Artikei 19 Abs. 2 Grundgesetz*; 3, stark erweiterte Auflage; C. F. MÜLLER, *Juristischer Verlag, Heidelberg*, 1983, p. 58 y 59; SCHNEIDER, L., *Der Schuiz des Wesensgehalts Von Grundrechten nach Art. 19.2 GG. Schriften zum Öffentlichen Recht, band 439, Duncker & Humblot, Berlín*, 1983, pp. 24 y ss., y GAVARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 218 y ss.; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996, pp. 121 y ss.; PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 1981», en *Revista de Derecho Constitucional*, 3, 1981, pp. 278 y ss.

lenguaje de las disposiciones normativas y el metalenguaje, o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y el resto de los especialistas del Derecho. El otro busca los intereses jurídicos protegidos como médula de los derechos fundamentales. Se habla de una esencialidad de contenido atinente a la parte que es necesaria a la hora de que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real y efectivamente protegidos. De modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Sin embargo, como dejamos patente, sería incorrecto interpretar cada derecho fundamental aisladamente. El contenido esencial ha de interpretarse con el objetivo de que los miembros de la comunidad política lleguen a alcanzar su realización plena, habiendo un valor de referencia, éste es el del respeto a la dignidad humana. Por ser un atributo de la persona en su dimensión individual y social, es una condición básica para que el desenvolvimiento de la personalidad tenga un significado jurídico-político, oriente y legitime a los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias, informe a todos los derechos fundamentales y sea su razón de ser dentro de un proceso de acomodación a los valores y necesidades sociales que van surgiendo y modificándose¹⁴. Al respecto, sobresale el artículo 1 de la Ley de Bonn, que da a conocer que el hombre es el valor supremo y que los derechos inviolables e inalienables del mismo son inherentes a la dignidad, fundándose en ella y actuando como cimiento de toda comunidad.

Ratificadas estas coordenadas, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional declara que la dignidad humana traduce un «mínimo inviolable», intocable por las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales. La dignidad tiene entidad propia. No entraña una fórmula vacía, sino contenidos comunes sobre lo que es su práctica en las relaciones sociales.

¹⁴ PECES-BARBA, G., «De la función de los derechos fundamentales», en *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999, pp. 132 y ss. Por lo que respecta al concepto de dignidad, cfr. BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicén., Aguilar, Madrid 1980; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986. En relación con los problemas que plantea la determinación de la dignidad humana, cfr. HOERSTER, N., «Acerca del significado del principio de dignidad humana», en VV. AA., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. M. Seña y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 91 y ss.

Es precisamente su generalidad la que permite continuas adaptaciones y la que la convierte en una exigencia permanente para todos en una sociedad plural ¹⁵. En coherencia, la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales ha de realizarse sobre el reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de valores corresponde a la persona. Si atendemos a los preceptos de la Constitución, observamos cómo del juego de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 se deduce que la «dignidad de la persona», los «derechos inviolables que le son inherentes» y el «libre desarrollo de la personalidad» son el fundamento de la libertad en sus múltiples facetas; y que «el respeto a la ley» y a «los derechos de los demás» configuran sus fronteras, impidiendo una contraposición insalvable entre el Estado liberal, en el que prime la libertad «negativa», y el Estado social, en el que prevalezca la «positiva» ¹⁶.

LA LIBERTAD, LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD COMO CONCRECIONES DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los aspectos descritos dan pie a postular que el contenido esencial de los derechos fundamentales, apreciado en su naturaleza unitaria, se desdobra en los valores de la «libertad», la «igualdad» y la «solidaridad», que son el fundamento de cada uno de ellos y sirven de criterios de interpretación material. A continuación trataremos esos valores por separado y haremos alusión a otros, caso del «orden», la «justicia», la «seguridad» o el «pluralismo», que son presupuesto, puente de unión y consagración axiológica, o

¹⁵ Cfr. el prólogo de B. HECK al trabajo de DOEHRING, K., «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático», en ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E., y DCHERING, K., *El Estado social*, trad. de J. Punte Egidio, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 111; MONCH, L. von, «La dignidad del hombre en el Derecho constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, mayo-agosto 1982, pp. 9 y ss. En lo atinente a la dignidad y a la fundamentación de los derechos humanos, ver FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate, Madrid, 1984, p. 120, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1989, de 22 de febrero.

¹⁶ Los derechos de la personalidad más importantes se recogen en la sección 1.ª del Capítulo 11 del Título I del Texto constitucional —«De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»—, asignándoseles una posición privilegiada. Cfr. GARCÍA SAN MIGUEL, L. (coord.), «El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución», Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995; RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., «Derechos fundamentales de la persona (comentario al art. 10 de la Constitución)», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. 1, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

aspectos conformadores y conclusivos de la «libertad», la «igualdad» o la «solidaridad».

a) *La libertad.* Partimos de una declaración de principio, la de que el hombre necesita de la libertad si quiere llegar a realizarse, teniendo toda persona un derecho a ella. El concepto y los métodos utilizados dependen de la parcela a la que se extienda, con respecto a «quién» y a «qué» actividades se sea libre. En Kant, el problema del Derecho es, al igual que en toda la Moral, su pensabilidad general, siendo la libertad la realidad primaria de ambos. Para el filósofo, el derecho básico es el de la libertad, encontrándose todos los demás derechos encerrados en él. Más adelante, Hobbes mantendría que la causa y la finalidad por la que el hombre introduce la renuncia y la transferencia de los derechos, no es otra cosa que la seguridad de su persona en lo que afecta a su vida y a los medios para preservar ésta. La libertad sería la parte del derecho natural que las leyes civiles permiten y dejan a discreción de los ciudadanos. Apostillando la reflexión hobbesiana, Locke deja sentado que el único modo de que cada uno se prive de su libertad y acepte cargar con los vínculos de la sociedad civil es «el acuerdo con los demás hombres a unirse en una comunidad a fin de vivir, segura y pacíficamente, uno entre los otros en el goce seguro de su propiedad y con una mayor seguridad en las relaciones con los extraños». Y Rousseau, por el empleo de la fórmula del contrato social, justifica las formas de poder emanadas del consentimiento libre de los miembros que componen la sociedad. En confirmación de esta posición proclamó: «Lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a cuanto le apetezca y pueda alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad en todo lo que posee»¹⁷.

A su vez, desde el liberalismo económico trazado por A. Smith se propaga que el Derecho es la realidad que define las situaciones sociales, el ámbito de la Economía y del comercio se rige por sus leyes, ante las cuales el Ordenamiento jurídico sólo tiene que conservar y defender la libertad de todos los que intervienen. El Derecho y el Estado se alejarán de cualquier

¹⁷ HOBBS, T., *De cive*, XIV, 10; *Leviathan*, 26; KANT, L., *Metafísica de las costumbres*, «introducción», apartados B y C (VI, pp. 230 y 231), y «Corolario» (VIII). LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, 11, 95,123; ROUSSEAU, J., *Contrat social*, 1, 1.6 y 8; BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón Rincón, introducción de G. PECES-BARBA. Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993; DÍAZ GARCÍA, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 35 y ss.; GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Edit., Madrid, 1994 pp. 50 y ss.

clase de intervencionismo efectivo, por tanto, se encaminarán a organizar una estructura diferenciada de la realidad económica con el objeto de mantenerla ¹⁸. Autores como Bentham, Locke, Mill, Constant o Tocqueville hicieron hincapié en la libertad negativa, de lo que se sigue la importancia de encontrar barreras a la actuación del Estado de manera más o menos radical en dependencia de cada teoría ¹⁹. Para la corriente neoliberal, representada por Buchanan, Friedman, Hayek o Nozick, el primado básico es el de la libertad individual condicionada por la libertad de mercado, definida como instrumento de convergencia entre la eficacia y la justicia. La acción del Estado quedaría reducida a la de un simple árbitro, dictando normas protectoras y represivas, valiéndose de sanciones en caso de incumplimiento. Cuando coincidan una libertad jurídica, un derecho a no ser estorbado por el Estado y una competencia para hacer valer judicialmente la violación del derecho, es cuando se cumplirá un derecho de libertad perfecta frente a aquél ²⁰.

Sin embargo, en las formas de concebir estas cuestiones la mayoría de los liberales contemporáneos no abogan por un *laissez-faire* total del mercado. Las variadas limitaciones a su funcionamiento son advertidas por Ackerman ²¹, que las clasifica en cuatro tipos. La primera alega que los mercados del mundo real no se ajustan a los modelos ideales de competencia perfecta, cosa que mueve al Estado a proteger el medioambiente y a amparar a los consumidores; también mueve a la aportación de subsidios para la vejez y de seguros médicos. La segunda pone en duda el derecho que tienen los ganadores en el mercado a transmitir ganancias económicas

¹⁸ SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776. y ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, cit., p. 226; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *Sociología de los derechos humanos (II)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 113 y ss.

¹⁹ BENTHAM, J., *The Works of J. Bentham*, ed. por J. Browning, vol. X, p. 79; CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en *Escritos políticos*, trad. de M. L. Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257 y ss.; LOCKE, J., *Two Treatises...*, cit., pp. 95 y 123. Y, en general, la doctrina sostenida en MILL, J. S., *Utilitarianism*, 1861; ídem, *On Liberty*, y, TOCQUEVILLE, A. de, *L'Ancien régime et la Révolution*, 1856.

²⁰ BUCHANAN, J., *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1985; FRIEDMAN, M., *Paradojas del dinero: hacia un nuevo liberalismo económico*, trad. de J. A. Bravo, Grijalbo, Barcelona, 1992; HAYEK, F. A. von, *Derecho, legislación y libertad*, vol II («El espejismo de la justicia social»), trad. de L. Reig Albiol, Unión Edit., Madrid, 1988; NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991.

²¹ ACKERMAN, B., *El futuro de la revolución liberal*, trad. de J. Malem, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 15 y 16.

a sus hijos, sin que exista esta oportunidad para los hijos de padres pobres. La tercera, alude al gran peso que tiene la educación para preparar a cada ciudadano con la finalidad de ejercer elecciones sensatas. Y la cuarta se centra en el aseguramiento de recursos políticos aproximadamente iguales para todos los ciudadanos, aunque tengan distintos destinos en el mercado.

Dentro de una sociedad organizada, la cuestión es la de qué entendemos por ciudadanos libres. Rawls aporta una explicación, dentro del liberalismo igualitario, e incide en los aspectos que son indispensables. En este marco, los ciudadanos requieren el derecho a considerar su persona independientemente de alguna concepción de lo bueno en particular, se reputan como fuentes autoautenticadoras de exigencias válidas y se conciben como capaces de responsabilizarse de sus objetivos, lo cual afecta al modo en que se valoran sus exigencias. Pero ninguna libertad es absoluta y las libertades deben ser ajustadas para que cuadren en un esquema coherente. Yendo más allá, Rawls combina la concepción liberal clásica de la igualdad civil fundada en el Derecho con los principios de la igualdad de oportunidades y de la diferencia admisible por medio de los siguientes postulados: «Cada persona tendrá igual derecho a una libertad básica tan amplia como sea compatible con la existencia de una libertad equivalente para los demás»; y «Las desigualdades económicas y sociales se han de tratar de tal forma que beneficien a todos, y prioritariamente a quien se encuentre en mayor desventaja, habiendo de estar ligadas a oficios y posiciones abiertas a todo el mundo en condiciones de igualdad»²².

Dworkin señala que los derechos individuales son «triumfos» frente a los intereses generales y a las mayorías. La tesis se condensa en el imperativo de que no se deben distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, apoyándose en que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración; y en el imperativo de que no, se debe restringir la libertad sobre la base de que la concepción que tiene un ciudadano de lo que es la vida de un grupo es más noble que la de otro o superior a ella. Los deberes del Gobierno de tratar a los gobernados con igual consideración, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y

²² En el *principio de diferencia* de RAWLS «la desigualdad económica y social es aceptable sólo cuando una mayor igualdad soporte un perjuicio para los individuos menos favorecidos». Ver, sobre todo, RAWLS, J., *Liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 33 y ss.; ídem., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, selección, trad. y presentación de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 134 y ss., y lo correspondiente en *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González Soler, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

con igual respeto, como seres humanos capaces de desembocar en concepciones inteligentes del modo de vivir su vida y de actuar conforme a esas concepciones, constituyen el núcleo de la justicia y condición *sine qua non* de una comunidad democrático-constitucional, infiriendo que si se violan los derechos individuales los objetivos sociales no son justificables ²³.

Un método diferente de los anteriores para efectuar la libertad es el del comunitarismo, representado por Macintyre, Sandel, Tylor o Walzer, entre otros. Se cree que los sujetos tienen capacidad de elegir y de reflexionar, acarreado una concepción de la sociedad y de la libertad apoyada en la progresión de una valoración del sujeto y confluyendo en las aspiraciones de cierta autonomía y dirección del hombre. Añadidamente, la comprensión del sujeto se obtiene por las conversaciones con los otros y por las prácticas en la sociedad. De la idea del hombre libre deviene una matriz social que reconoce el derecho que poseen los seres humanos de adoptar decisiones y de participar en el debate político. Hay una crítica conjunta al liberalismo de Kant, porque las virtudes han de preferirse a los principios universales, los ideales de una vida buena a las obligaciones morales y los compromisos personales a la imparcialidad hacia nuestros semejantes. Declara Sandel que al fijarse, de una vez por todas, las consideraciones del «yo» como previas se relega nuestra comunidad a un aspecto de lo bueno, y lo bueno queda relegado a un resultado de necesidades y deseos indiscriminados sin relevancia moral ²⁴.

Otra teoría distinta es la de Marx o Engels, que aspiran a una comunidad caracterizada por la libertad de individuos asociados ²⁵. Profundizando en la tesis de Hegel, el marxismo observa que con la llegada de la sociedad

²³ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 388 y 389.

²⁴ MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987; SANDEL, M. J., *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. de M. L. Melón, Gedisa, Barcelona, 2000; TYLOR, CH., *La ética de la autenticidad*, trad. de P. Carbajos Pérez, Paidós, Barcelona, 1994; WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de H. Rubio. Fondo de Cultura Económica, México, 1993. Con respecto al comunitarismo, cfr. DIETERLEN, P., *Ensayos sobre justicia distributiva*, Fontamara, México, 1996, p. 101; NINO, C. S., *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 129; THIEBAUT, C., *Los límites de la comunidad. Las críticas comunitaristas y nearistotélicas al programa moderno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 141 y ss.

²⁵ ENGELS, F., *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, trad. castellana, Fundamentos, Madrid, 1981; MARX, K., *Miseria de la filosofía*, trad. y prólogo de D. Negro Pavón, Aguilar, Madrid, 1979; MARX, K., y ENGELS, F., *Manifiesto del partido comunista*, trad. e introducción de J. Muñoz, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

burguesa y la división de clases se produce el advenimiento de un Estado que salvaguarda el orden socioeconómico vigente. Causa por la que la propiedad privada y el Estado son, respectivamente, los originadores de la desigualdad económica y de las coacciones políticas, y cuestión por la que es nuclear la relación entre la libertad y el orden general de la Economía que determina al Derecho, así como la garantía de dicho orden, que transporta la implicación individuo-Estado a la de individuo-sociedad. Desde una concepción materialista de la historia, el hombre es un ser de instintos sociales, y fundamento de toda existencia social humana es la producción dirigida a procurar los medios existenciales. Esas fuerzas productivas se despliegan dentro de la sociedad y chocan con relaciones de producción que obstaculizan su crecimiento. Mientras esta contradicción divide a la sociedad, los hombres adquieren conciencia del conflicto y luchan por resolverlo, se abre una época de revolución social en la que hay que eliminar los factores alienantes. La variante burguesa de la producción representaría la última de las etapas en la formación económica; desapareciendo ésta, la prehistoria de la humanidad habrá concluido y subsistirá «una asociación en la que el libre desarrollo de cada uno será la condición para el libre desarrollo de todos»²⁶.

Posteriormente los impulsores del Estado social fueron elaborando y matizando el concepto de libertad «positiva», según tendremos ocasión de ver en el apartado siguiente.

Ahora bien, dentro de las conceptualizaciones descritas, un Estado democrático reclama una comprensión de la libertad en la que haya una participación activa en los asuntos públicos, enmarcada por la igualdad política y proyectada en esferas como el sufragio, el acceso a los cargos públicos, la tributación, etc. El papel de los miembros de la sociedad política queda resumido en: a) pronunciarse a favor o en contra de algún principio o programa general de gobierno mediante diversos procedimientos (plebiscito, aclamación, elección, manifestación, petición...); b) designar, aprobar o no apoyar a quienes ejercen el poder público, y c) repudiar ciertas normas, medidas o acciones de gobierno. De lo que colegimos que existe una íntima

²⁶ MARX, K., *Contribución a la crítica de la economía política*, trad. de M. Kuznetsov, Progreso, Moscú, 1989; ídem, *El capital. Crítica de la economía política*, (1, 11), trad. de V. Romano García, Akal, Madrid, 2000; MARX, K., y ENGELS, F., *La ideología alemana*, trad. de W. Roces, Universidad de Valencia, Valencia, 1922, y ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid, 1983; LÓPEZ CALERA, N. M., *Hegel y los derechos humanos*, Universidad de Granada, Granada, 1971.

correspondencia entre la regulación de los derechos y la organización democrática vigente para lograr de la forma más óptima una convivencia pacífica entre personas que son libres e iguales. De otro lado, no hay que olvidar que el pluralismo se deriva inescindiblemente de la libertad y significa la posibilidad de mantener opciones diferentes o contradictorias como instrumento de participación del individuo en la sociedad dentro de la tolerancia ²⁷.

En consecuencia, las notas paradigmáticas de todo Estado democrático son la libertad y la tolerancia, identificadas con la participación, el pluralismo, la armonía entre los derechos del ciudadano y el principio de legalidad. Bobbio explicita una interrelación entre el Estado liberal y el democrático. En la dirección que va del liberalismo a la democracia son necesarias ciertas libertades para el ejercicio correcto del poder democrático. Y en la línea que va de la democracia al liberalismo se advierte que el poder democrático es indispensable para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales. Quedando subrayado que sin la democracia no concurrirían las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos, y que los súbditos se convierten en ciudadanos cuando se les reconocen ciertos derechos fundamentales. Ideológicamente, el principio de la mayoría aparece como principio del imperio de la mayoría sobre la minoría; pero el sentido del principio no consiste en que triunfe la voluntad del mayor número, sino en aceptar la idea de que los individuos que integran la sociedad se dividen en dos grupos sustanciales: el mayoritario y el minoritario. La voluntad colectiva final es consecuencia de las influencias recíprocas entre esos dos grupos, corrigiéndose la dictadura de la mayoría por la consecución de transacciones entre intereses divergentes ²⁸.

a) *La igualdad*. El concepto de igualdad y su práctica están conectados a los derechos fundamentales. A los de libertad, ya que son derechos al

²⁷ RECASÉNS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1991, p. 523; DELGADO PINTO, J., «La función de los derechos humanos en un régimen democrático», en PECES BARBA, G. (ed.) *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1992, pp. 135 y ss.; SQUELLA NARDUCCI, A., *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, Fontamara, México, 1995, pp. 67 y ss.

²⁸ BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 109 y ss.; ídem, *Igualdad y Libertad*, cit., pp. 126 y ss.; BEETHAM, D., *Democracy and Human Rights*, Polity Press, Cambridge, 1999; ROSAS, A., y HELGESEN, J., con la colaboración de D. GOODMAN, *The Strength of Diversity: Human Rights and Pluralistic Democracy*, M. Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992; SARTORI, G., *Teoría de la democracia 1* («El debate contemporáneo»), trad. de S. Sánchez González. Alianza Edit., Madrid, 1988.



igual respeto de todas las «diferencias», y a los sociales, ya que son derechos a la reducción de las «desigualdades»²⁹. Existiendo una igualdad esencial entre todos los hombres, que remite a unos derechos iguales habidos por su nacimiento, es distinguible la igualdad «formal» o «ante la ley», vinculada a la generalidad y a la abstracción y separada de los condicionamientos personales, sociales y económicos que puedan originar diferencias en el disfrute efectivo de los derechos y libertades regulados legalmente. Esa igualdad, consagrada de la seguridad jurídica, se desenvuelve «en la aplicación de la ley», referenciada a la aplicación imparcial de los criterios» legales a los destinatarios de las normas jurídicas; y «en el contenido de la ley», relativa a la justificación y razonabilidad de los criterios utilizados legalmente para diferenciar entre los individuos³⁰.

La igualdad en esta esfera excluye la discriminación, o distinción perjudicial, sustraída de dos clases de hechos: *a)* los no imputables al individuo, tales como las diferencias de raza, color, o sexo, y *b)* la pertenencia a categorías colectivas genéricas, como el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra clase, la posición económica, el estrato social o el origen nacional. Siguiéndose que la calificación de si hay o no discriminación es una cuestión casuística que tiene que ser apreciada valorándose la razón de ser del trato desigual; no obstante, es afirmable que la discriminación converge cuando la distinción no tiene justificación y cuando no hay proporcionalidad entre la medida adoptada y los fines que se quieren alcanzar. Es decir, la discriminación injusta consiste en la diferencia de trato dado a distintas partes, causada por motivos que no se justifican en una diferencia real, afectando al fundamento y a la razón del derecho o del deber en relación con el que se establece la igualdad. Lo indicado se completa con la exigencia de «equiparación» que, en ocasiones, concurre, o de un trato igual de circunstancias o situaciones que no son estrictamente idénticas, pero que, a pesar de ello, son valoradas irrelevantemente para el disfrute o ejercicio de ciertos derechos o para la aplicación de unas mismas normas. Y con la necesidad de «diferenciación» o tratamiento diferenciado

²⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías...*, cit., pp. 73 y ss.

³⁰ CALSAMIGLIA, A., *Sobre el principio de igualdad*, en PECES BARBA, G. (ed.), *El fundamento de los derechos...*, cit., p. 101; LAPORTA, F., *Problemas de la igualdad*, en A. VALCÁRCEL (comp.), «El concepto de igualdad», Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 65 y ss., y Sentencias del Tribunal Constitucional de 27/1999, de 8 de marzo, y 461/1999, de 22 de marzo.

de circunstancias y situaciones que en apariencia son semejantes pero que precisan de una normatividad no igual ³¹.

Aparte de la igualdad «formal» hay que mencionar la igualdad «material», avenida a la idea del equilibrio de los bienes y situaciones económico-sociales que, en la forma de igualdad de trato material, intenta conseguir la igualdad de la mayor cantidad posible de sujetos en la mayor cantidad posible de aspectos. Por su parte, la igualdad de trato material como diferenciación se adquiere por hacer desaparecer un privilegio de la protección o de la consideración como derecho fundamental, en tanto podría estimarse a modo de igualdad de trato material como equiparación; y por la satisfacción de una necesidad que se evalúa obstaculizadora y que no puede satisfacerse con la actuación del que la posee. Por eso, de la comparación entre las proyecciones de la igualdad, advertimos que en los Estados de Derecho de nuestro ámbito cultural se va superando, cada vez con mayor nitidez, la línea de separación tajante entre la igualdad «formal», característica de los Estados demoliberales, y la igualdad «material», característica de los sociales, al penetrar en aquella algunas exigencias de contenido supuestas en las vertientes de la «equiparación» y de la «diferenciación». Otro ejemplo de esa superación es la diferenciación «para la igualdad», coincidente con la existencia de políticas de «acción positiva» que tratan desigualmente a los que son desiguales con objeto de aminorar la distancia reinante y llegar a una situación de igualdad. En consecuencia, el tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, establecido por Aristóteles, presupone averiguar los caracteres que enuncian una razón para un tratamiento igual o desigual. Estos rasgos ofrecen, a su vez, otra vertiente, la de ser criterio de la condición de aplicación y fundamento de la consecuencia jurídica ³².

³¹ PÉREZ LUÑO, A. E., con la colaboración de C. ALARCÓN CABRERA, R. GONZÁLEZ TABLAS y A. RUIZ DE LA CUESTA, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid 1997, pp. 228 y 229; RECASÉNS SICHES, L., *Filosofía* ..., cit., pp. 591 y ss.; RUBIO LLORENTE, F., «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 91 y ss.

³² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 5, 1.133a, 1. 1 33b y 1. 1 34a; *Política*, 111, 13, 1.283 b y 1.284 a; PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 84 y ss.; RUIZ MIGUEL, A., *La igualdad como diferenciación*, en VV. AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 286 y ss. Por lo que respecta a los procedimientos de igualdad de trato material como diferenciación, ver PECES-BARBA, G., con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS CASCÓN, *Curso de derechos...*, cit., pp. 288 y ss.

La igualdad contrae trascendencia al intervenir en la forma en que debe ser concebida la sociedad. Es claro que ser ciudadano lleva implícito ser igual que los demás y ser visto como un igual. En palabras de Rawls, el vínculo social principal es el compromiso político público para preservar las condiciones que requiere la relación entre iguales. Las circunstancias históricas inciden en que la concepción del Estado liberal vaya cambiando y en que las democracias políticas evolucionen hacia las democracias sociales. Así, los derechos fundamentales tienen la función de hacer que se tome conciencia de que el concepto de justicia deriva del principio de igualdad en el ejercicio de la libertad³³. Sucintamente, no es correcto apreciar la libertad en confrontación con la igualdad, porque la libertad ha de hacerse factible dentro de esa igualdad. Esto evidencia que el Estado de Derecho permite un acoplamiento a las situaciones sociales que van surgiendo y que, en realidad, el tándem libertad-igualdad entra en conflicto cuando se plantea en diferentes niveles. Con este alcance, Atienza constata que puede haber conflicto entre la «libertad negativa» y la «igualdad ante la ley», caso del derecho a la educación. Por el contrario, no hay incompatibilidad entre la «libertad negativa» y la «igualdad ante la ley»; la «libertad de autodeterminación» o «positiva» y la «igualdad política»; la «libertad material» y la «igualdad ante la ley». La reciprocidad actúa como un punto de equilibrio entre la libertad y la igualdad. Cada cual adopta una conducta según su libertad inherente; la igualdad ha de actuar justamente allí donde sea aconsejable la eliminación de las causas de desigualdades no necesarias ni admisibles³⁴.

Para conocer idóneamente el alcance de lo expuesto es inexcusable fijar la naturaleza y los objetivos del Estado social, el cual tiene obligación de intervenir para que la igualdad jurídico-política que asegura el Estado de Derecho se transforme en una auténtica igualdad social, económica y cultural. Ello requiere una actitud correctora de las desigualdades. En la teoría de los derechos sociales, corporeizada en las aseveraciones de von Stein,

³³ BOBBIO, N, *Igualdad y libertad* ..., cit., p. 56; RAWLS, J., *Justicia como equidad* ..., cit., pp. 71 y ss. Para el último, el concepto apropiado de un «mínimo social» depende del contenido de la cultura política pública, que a su vez depende de cómo se conciba la sociedad política mediante su concepción de la justicia.

³⁴ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Introducción al Derecho*, Edit. Club Universitario, Alicante, 1998, p. 104; FORSTHOFF, E., «Concepto y esencia del Estado social de Derecho», en ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K., *El Estado social*, cit., pp. 81 y ss., y Sentencia del Tribunal Constitucional de 46/1999, de 22 de marzo.

Heller y los autores del siglo XIX pertenecientes al socialismo democrático, y regulada inicialmente por las Constituciones de México de 1917, de Weimar de 1919, de España de 1931, de Francia de 1946, de Italia de 1947 y de Bonn de 1949³⁵, tales derechos son de igualdad y hacen viables los medios para que las personas que carecen de recursos satisfagan sus necesidades básicas. El concepto de «necesidad» se posiciona entre las nociones de «supervivencia» y de «abundancia», incluyéndose las necesidades básicas en relación con niveles de vida generales dentro de una comunidad, de las que se derivan niveles de subsistencia y de vida decente. De aquí que se hable de derechos de libertad porque tienen como meta el crear las condiciones para el pleno desarrollo de la autonomía. De aquí también que sean incluibles los derechos sociales dentro de los derechos de participación, pues determinan una participación en los beneficios del progreso de la vida social³⁶.

La actuación de los poderes públicos debe prestar los bienes y los servicios indispensables para conseguir la integración y la no-exclusión en la sociedad de los sujetos y de los grupos de los que forman parte. En cuanto que el disfrute real de los derechos y las libertades hace necesario que haya un grado mínimo de bienestar que deje paso a la participación en la esfera comunitaria, aparece el llamado por Jellinek *status positivus socialis*. Barajando estas ideas, la valoración de la cuestión socioeconómica es imprescindible. La realización de los derechos prestacionales en general presupone una «reserva económica de lo posible», que los poderes públicos han de interpretar y puntualizar según los modelos político-económicos vigentes³⁷. Esto es lo que produce que el problema de los derechos de prestación no se derive de su concepto ni de su fundamentación, sino de su realiza-

³⁵ HELLER, H., *Teoría Del Estado*, trad. de G. Niemeyer, Fondo de Cultura Económica, México, 1942; STEIN, L., von, *Movimientos sociales y Monarquía*, trad. de E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, y PECES-BARBA, G., «Los derechos económicos sociales y culturales. Apunte para su formación histórica y su concepto», en *Derechos sociales...*, cit., pp. 34 y ss.

³⁶ ANÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 261 yss.; BEEN, S. I., y PETERS, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de R. J. Vernengo, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1984, pp. 164 y ss.; PECES-BARBA, G., al interpretar la teoría de N. BOBBIO en el «Prólogo» al libro de ídem, *Igualdad y libertad*, cit., p. 47; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998, pp. 73 y ss.

³⁷ GOMES CANOTILHO, J. J., *Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*, trad. de E. Calderón y E. Elvira, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, pp. 239 y ss.; JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubinga, 1905, pp. 13 y ss.



ción, siendo necesario, dice Luhmann, que el sistema político de la Constitución simplifique las condiciones pertinentes, acomodándose a las estructuras vigentes que ha de regular jurídicamente. Para Habermas, en cambio, el punto de arranque es el de una concepción social básica engendrada por una comunicación libre. Los medios utilizados serán los que se crean más adecuados con el marco cultural e ideológico en el que se inscribe para establecer la colaboración entre lo «público» y lo «privado». Otros problemas son los que se refieren a los sujetos que son sus destinatarios, a la forma en la que han de ser ejercidos y a su extensión ³⁸.

Contemporáneamente, hay que hacer mención a los derechos de los emigrantes en los países de acogida. En este caso las vías de integración son básicamente las del reconocimiento de la ciudadanía y el respeto a la diferencia, actualizadas entre la pluralidad de culturas y la protección de los derechos fundamentales. Las dos han abierto el camino para la reflexión sobre el logro de un *status mundialis hominis*, comprendido como un *status* mínimo de protección que supera la dependencia de ser nacional de un Estado. A título ilustrativo, Bilbeny propone una cierta transacción, lo que no comporta estrictamente una cesión de «cultura por política» ni de «política por cultura». Los niveles de efectuación, para que sea justa y eficaz, son los del *demos* y el *étnos* en directrices homólogas y simultáneas. En el nivel del *demos*, una parte presta derechos y se la corresponde con deberes, a la vez que presta sus palabras y sus actos. En el nivel del *étnos*, una parte aporta su respeto a la diferencia y la otra su respeto a la igualdad, a la vez que aporta su forma de ser ³⁹. También las mujeres, los discapacitados o las minorías raciales y étnicas son objeto de una especial atención que se fija en las desigualdades y discriminaciones materiales, sobre todo en el terreno

³⁸ LUHMANN, N., *Teoría política en el Estado de bienestar*, trad. de F. Vallespín, Alianza, Madrid, 1997, pp. 47 y ss.; HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II («Crítica de la razón funcionalista»), trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1999, pp. 542 y ss.; ídem, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 482 y 483, y las observaciones DE CASTRO CID, B., «Retos de la configuración sistémica de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV (nueva época), 1998, pp. 31 y ss.

³⁹ BILBENY, R., *Europa después de Sarajevo. Claves éticas y políticas de la ciudadanía europea*, Destino, Barcelona 1996, pp. 170 y ss.; HABERLE, P., *El concepto de derechos fundamentales*, en Sauca, J. M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 97; DE LUCAS MARTÍN, J., «El racismo como coartada», en *Derechos de las minorías...*, cit., pp. 29 y ss.; ídem, *Europa, ¿convivir con la diferencia? (Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías)*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.

laboral, producto de una situación de hecho, desplegando un principio de transversalidad que los integre en la vida social y profesional ⁴⁰.

b) *La solidaridad*. La solidaridad consiste genéricamente en una asunción propia de los intereses de los demás. Saint-Simon, Fourier, Owen y Proudhon resaltan el concepto, del que se sigue que encierra el reconocimiento de la realidad del otro y traduce una relación por la que se canalizan intereses y necesidades, dando estabilidad a la estructura social y superando las desigualdades que generan un conflicto. La libertad y la igualdad requieren el elemento de la solidaridad para que sean realidades operativas y efectivas. Ello se explica por el neoliberalismo como un rasgo del proceso de la civilización humana que aumenta el sentido de la fraternidad, sin la cual los derechos a la libertad son privilegios egoístas. Aquí la igualdad jurídica se muestra como una nivelación apoyada en el sometimiento al poder del más fuerte sobre el más débil. Mientras que para las doctrinas que defienden un mayor contenido social en la actuación del Estado se suele ir más allá, siendo la solidaridad la contrapartida de las exigencias de la autonomía personal, sobresalientemente en aquellos casos en los cuales la igualdad no ofrece una compensación adecuada ⁴¹.

Duguit perseveraba en que la interdependencia social está constituida por dos componentes que se proyectan en grados diversos y formas variables: las semejanzas de las necesidades de los hombres que pertenecen a un grupo social, y la diversidad de las necesidades y de las aptitudes de los hombres que forman parte de ese grupo. Pero, en el tema que nos ocupa, Bonnard sería el que diera sentido jurídico a la solidaridad y otorgara un lugar intermedio, entre el individualismo y el socialismo, al intervencionismo que la organiza y la dirige. Brevemente, la solidaridad ha de rebasar la virtud personal y ha de ser comprendida en forma de valor superior de la

⁴⁰ Objeto de una atención especial son también los ancianos, los niños y los jóvenes, los enfermos, los presos, los consumidores... Cfr. VV. AA., *Derechos de las minorías*, cit. En cuanto a la protección de las mujeres, ver específicamente BARRERÉ UNZUETA, M. A., «Discriminación. Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres», en *Cuadernos Cívitas*, Madrid, 1997, pp. 33 y ss.; QUINTÍN, O., «L'egalité entre hommes et femmes: une réalisation spécifique de la politique sociale communautaire», en *Revue du Marché Commun*, 1985, p. 309.

⁴¹ SAINT-SIMON, Conde de, *Nouveau christianisme*, p. 1825; FOURIER, Ch., *Théorie de l'unité universelle. Traité d'association domestique et agricole*, 2 vols., p. 11812; OWEN, R., *Letters to the Human Race*, p. 1850; PROUDHON, P. J., *Idée générale –de la révolution du XIX.^e siècle*, p. 1851, y GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., *Notas sobre la elaboración de un concepto de solidaridad*, en *Sistema*, 101, 1991, pp. 123 y ss.; DE LUCAS MARTÍN, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993; PECES-BARBA, G., *Curso de derechos...*, cit., pp. 261 y ss.

organización jurídica que enlaza la idea de democracia con la de interés común y que exterioriza un compromiso colectivo. La solidaridad fundamenta indirectamente derechos, lo cual se hace por deberes que tienen derechos correlativos. Se trata de la obligación que la calificación democrática del Estado impone a los poderes públicos y a los ciudadanos, en donde por medio de los derechos de solidaridad se realiza la igualdad real y efectiva, gracias a la participación de todos en una acción que supera los vínculos de ciudadanía y nacionalidad, que reafirma la necesidad de colocar al hombre en la sociedad como ser social que es ⁴².

El pensamiento que inspiró a los revolucionarios franceses, y que más adelante se acogió en el Código de Napoleón, conceptuaba los derechos individuales como absolutos, puesto que las limitaciones previstas se consignaban como excepciones al principio de la ilimitación. Mas paulatinamente esos derechos se han ido suscitando desde situaciones subjetivas capaces de incorporar el conjunto de acciones sociales en que se implica la libertad individual y grupal, la igualdad y la solidaridad. En este terreno, el «interés social» es útil como potenciador de la solidaridad, forzando al Derecho privado a salir de su aislamiento y a considerarse en el sistema de los medios y fines sociales ⁴³. El efecto es la traducción de una forma de llevar a la práctica un contenido de los derechos que no abandone la idea de «finalidad social», siendo el caso más revelador el del derecho de propiedad. La propiedad insertada en los ordenamientos jurídicos vigentes no es asumible con unos parámetros exclusivamente subjetivos del derecho o de los intereses individuales que la integran; debe incluirse también la función social delimitadora como parte del mismo derecho ⁴⁴.

De conformidad con lo dicho, no podemos hablar de derechos de solidaridad sin hacer referencia a los deberes, resueltos en una relación jurídica regulada normativamente, según una correlación representada por la cooperación. En nuestro caso, la cooperación juega en la medida en que los poderes públicos y los particulares, que son los titulares del deber jurídico,

⁴² BONNARD, R., *Précis élémentaire de Droit administratif*, Recueil Sirey, París, 1926, pp. 28 y ss.; DUGUIT, L., *L'État, le Droit objectif*, 1901, p.14; VIDAL GIL, E., «Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (nueva época), 1993, pp. 89 y ss.

⁴³ DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de C. González Posada, Edeval, Valparaíso, 1987, pp. 129 y ss.

⁴⁴ MACPHERSON, C.B., *Liberal-Democracy and property*, en el vol. a cargo de ídem, *Property*, Oxford, 1978, pp. 206 y 207; RODOTÁ, S., *El temible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, prólogo y trad. de L. Díez-Picazo, Cívitas, Madrid, 1986.

realizan su acción, u omisión, en beneficio de los demás; siendo los deberes que tienen los particulares diferentes que los que tienen los poderes públicos, consecuencia de su naturaleza y funcionalidad, y esencialmente «positivos». Sincrónicamente, a los titulares de los derechos individuales también se les imponen una serie de deberes con referencia hacia el otro o los otros, lo cual hace emanar una responsabilidad solidaria del ámbito de la libertad individual ⁴⁵. Barcellona se refiere a la cuestión atestiguando que así se consiguen unas relaciones más equitativas, extractadas en la existencia de unos deberes «positivos», contribuir al desarrollo de la comunidad; y unos deberes «negativos», no realizar acciones que perjudiquen al conjunto de esferas y bienes necesarios para la vida social, produciéndose una convivencia solidaria ⁴⁶. En adición a los deberes enumerados dentro de las fronteras de un Estado, también hay deberes referidos a la comunidad internacional ⁴⁷.

Entre las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, muestra de un deber de solidaridad, son extensibles las previstas en el artículo 7 del Código civil: la «buena fe» y la «prohibición del abuso del derecho». La buena fe se objetiva a modo de concepto general concreto, que liga el ser del principio y del *standard* jurídico como módulo de actuación conscientemente asumido y socialmente concebido, según un arquetipo que restringe el campo de la autonomía privada, al tiempo que es un elemento imprescindible para la cooperación como veto a un comportamiento deshonesto, ya se refiera a la malicia, a la violencia o al fraude. El abuso del derecho resulta de la concurrencia de un uso objetiva y externamente legal, un daño a un interés no protegido por una prerrogativa jurídica específica, y una antisociabilidad del daño, patentizada en forma subjetiva (cuando el derecho se ejerce con la intención de hacer daño o sin un fin serio o legítimo, o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso

⁴⁵ DE ASÍS ROIG, R., *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 64 y ss.; HALPIN, A., *Rights & Law Analysis & Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 189 y ss.; PRINA, F., «Woluntariato e cooperazione sociale tra mondi vitaú e imperativo del sistema», en *Sociología del Derecho*, XIX, 13, 1992, pp. 103 y ss.

⁴⁶ BARCELLONA, P., *El individualismo propietario*, trad. de E. García Rodríguez, Trotta, Madrid, 1996, pp. 23 y ss.; GOODIN, R. E., y SCHMIDT, D., *Social Welfare and Individual Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 21 y ss. (hay trad. castellana de L. FUENTES, *Bienestar social y responsabilidad individual*, Cambridge University Press, Madrid, 2000).

⁴⁷ VASAK, K. (ed.), *The International Dimension of Human Rights* (2 vols.), Greenwood Press, Westport (EEUU)-Unesco, París, 1982, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 1281/1989, de 17 de julio.

o anormalidad en el ejercicio del derecho). Al igual que en el caso anterior, la teoría del abuso del derecho se construye sobre un concepto indeterminado (límites normales del ejercicio de un derecho) que revierte en un juicio evaluador por parte del intérprete ⁴⁸.

Descritas estas cuestiones, el problema de los actuales Estados sociales tiene su principal razón de ser en lo que Rosanvalion llama «crisis de la solidaridad». Crisis que se traba en el hecho de que el Estado, agente central de redistribución y, derivativamente, de organización solidaria, es el «gran intermediario» que sustituye la relación entre los individuos y los grupos. La organización de la solidaridad estatal se ha hecho demasiado abstracta, se ha separado de las relaciones reales que la configuran, generándose muchas veces irresponsabilidad y retroceso. Por todo ello, se ha de profundizar en el vínculo histórico que liga al Estado con el individuo como categoría jurídica y política, llegando a la creencia de que es aconsejable potenciar la sociedad civil para que desarrolle espacios de intercambio y cooperación que impliquen asociación y vinculación. Dado el *status activae civitatis*, la participación activa en las actividades públicas puede llegar a materializarse en la integración de los ciudadanos, y el poder en un cuerpo. Y dado el *status activus processualis*, las posiciones entre los miembros de una sociedad democrática, y entre los particulares y los poderes públicos, quedan equilibradas y se garantiza a cada ciudadano la participación en los procedimientos y estructuras que le afectan ⁴⁹.

SUPERACIÓN DE LA ANTINOMIA «PÚBLICO»-«PRIVADO» COMO RESULTADO DE UNA INTERPRETACIÓN INTEGRAL-MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

En ocasiones, el ejercicio de los derechos fundamentales plantea conflictos. Las soluciones son diversas, pero es la técnica de la ponderación la que nos conduce de la cuestión de la racionalidad a la posibilidad de la fun-

⁴⁸ HERNÁNDEZ GIL, A., *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979; ROVIRA VIÑAS, A., *El abuso de los derechos fundamentales*, Península, Madrid, 1983.

⁴⁹ ROSANVALLON, P., *La crisis del Estado providencia*, trad. de A. Estruch Manjón, Cívitas, Madrid 1995, pp. 54 y ss. y 111 y ss., y DAHRENDORF, R., *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, trad. de F. Ortiz Mondadón, Madrid, 1993; HARRIS, D., *La cuadratura del círculo: bienestar económico, cohesión social y libertad política*, trad. de I. Rosas Alvarado,

damentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre bienes y valores opuestos. En este punto, Alexy destruye la crítica de la irracionalidad de la ponderación al no constituir un procedimiento que en cada supuesto aporte un resultado, y describe la ley dominante en los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional Federal alemán, a saber: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro». Su consecuencia sería un enunciado de preferencia condicionado a que proviene de una regla diferenciada de decisión, según la ley de colisión vista. Consiste en una labor de optimización y responde a un principio de concordancia que es especificador genérico o concreto del «cómo», del «cuándo» y de «en qué» medida debe ceder el derecho fundamental si colisiona con otros derechos de igual naturaleza, siendo paradigmática la regulación prevista en el artículo 19.1 de la Ley de Bonn, que dice: «Cuando de acuerdo con la presente Ley un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente». La norma es completada en el párrafo segundo del mismo precepto cuando dispone que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia»⁵⁰.

Igualmente, el Tribunal Constitucional español sostiene que la limitación de los derechos fundamentales ha de resultar de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. La fuerza de los bienes o valores se ha de producir a partir de la naturaleza que tengan atribuida, para luego reconocer la constitucionalidad de la limitación en la adecuación de la medida limitativa. El contenido esencial de cada uno de los derechos compondrá el límite de los límites, y la contradicción quedará reducida a si una norma nace para preservar cierto derecho fundamental. Infiriéndose que la forma de solventar el conflicto se ha de valorar desde la perspectiva de los bienes o valores tutelados y lesionados. Cuando se produzca un conflicto referido al contenido esencial, se señalará un régimen de concurrencia normativa en el que unas normas no excluyan a las otras. La relación es interactiva, en la

revisado por M. Aranda Marqués, Fondo de Cultura Económica, México, 1996; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, cit., p. 33.

⁵⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 157 y ss.; OTTO y PARDO, I., *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en MARTÍN RETORTILLO, L., y OTTO y PARDO, I., «Derechos fundamentales y Constitución», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1988, pp. 110 y 111.



que la fuerza expansiva de cada derecho fundamental influye en la de los demás. Únicamente de este modo es explicable el hecho de que la interpretación de los límites haya de hacerse restrictivamente ⁵¹.

Todos los criterios materiales de interpretación deben contemplarse globalizadamente, como muestra de la dependencia que entre ellos se produce. Las labores del legislador y del aplicador de la Constitución se caracterizan por el pluralismo y la flexibilidad, por la conexión evolutiva entre lo individual y lo social. Dice Peces-Barba que la justicia es el objetivo del Derecho para la realización de la condición humana, cosa que no es nada distinta de la libertad y de la igualdad en el ámbito cultural en el que nos movemos. A lo que agrega que la libertad social, política y jurídica procede del mundo moral, como reclamo para un desenvolvimiento pleno de la dignidad, significante de libertad o autonomía moral. Suscribiendo lo anterior, los derechos fundamentales individuales, civiles y políticos, y los de igualdad y solidaridad, se integran en un Ordenamiento inspirado por los mismos valores y principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el «interés particular» y el «interés social». Los poderes públicos intervienen con el fin de procurar «un orden económico y social justo» y de «promover el progreso para asegurar a todos una calidad de vida digna», creando las estructuras sin las que es imposible que esos valores sean reales y efectivos ⁵².

Kelsen, al establecer una identidad esencial entre el Estado y el Derecho, no admite la diferencia entre el Derecho «público» y el «privado», atributos de carácter ideológico que garantizan la libertad del Ejecutivo frente a las normas que dimanen de la voluntad popular. Radbruch sostiene que son conceptos *a priori* y que la relación de valor y de rango está sometida a variaciones históricas, porque, por ejemplo, en la doctrina liberal el Derecho privado es el centro de todo Derecho, derivando conceptualmente esta jerarquía superior de la teoría del contrato social. La concepción opuesta es la que otorga superioridad al Derecho público. El Derecho privado

⁵¹ OTTO y PARDO, I., *La regulación del ejercicio...*, cit., pp. 120 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, cit., p. 150, y VIDAL GIL, E. J., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 99 y ss., junto a las Sentencias del Tribunal Constitucional 204/1997, de 25 de noviembre y 144/1998, de 30 de junio.

⁵² PECES-BARBA, G., con la colaboración de R. DE ASÍLS ROIG, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS CASCÓN, *Curso de derechos*, cit., pp. 215 y ss., y HUSAK, D. N., «Paternalism and Autonomy», en *Philosophy and Public Affairs*, 1011, 1981, pp. 27 y ss.

sería una libertad de movimientos concedida a la iniciativa particular. La diferencia entre lo «público» y lo «privado» se corrobora por la vaguedad de los términos, ya que, a pesar del intento de delimitar las esferas que corresponden a uno y a otro sector, la formación de un Estado social y democrático de Derecho difumina la dicotomía entre los sectores jurídicos y compatibiliza los derechos fundamentales ⁵³.

Puntualizando el contenido de la libertad que está vigente en la sociedad, Bobbio la esquematiza en tres variables: 1) Todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la invasión de todo poder externo, principalmente del poder estatal (libertad negativa); 2) Todo ser humano debe participar de manera directa o indirecta en la formación de las normas que han de regular sus conductas no integradas en su campo de acción individual (libertad política), y 3) Todo ser humano debe tener el poder efectivo de traducir en comportamientos concretos los comportamientos abstractos previstos en las Constituciones, debiendo poseer bienes de su propiedad o cuotas de una propiedad colectiva suficientes para lograr una vida digna. En definitiva, declara Bobbio, el hombre libre es el que no debe todo al Estado porque cree que la organización estatal es un medio y no un fin, participa activamente en la vida del Estado o en la formación de la voluntad general y tiene suficiente poder económico como para satisfacer la vida material y espiritual ⁵⁴.

Hoy día, la «seguridad» se enlaza con los bienes jurídicos básicos, cuyo aseguramiento se juzga social y políticamente necesario; y la «justicia» va perdiendo su dimensión ideal y abstracta para incorporarse a las exigencias que informan su contenido en el Estado social y democrático de Derecho ⁵⁵. En síntesis, una interpretación integral de los derechos funda-

⁵³ KEISEN, H., *Teoría general del Derecho...*, cit, pp. 239 y ss.; RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, versión castellana, estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 1999, pp. 101 y 102. Ver también la problemática que expone M. WEBER en *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, edic. preparada por J. Winckelmann, trad. de J. Medina Echevarría, J. Roura y Parella, E. Imaz, E. García Maynez y J. Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 498 y ss.

⁵⁴ BOBBIO, N., *El tiempo...* cit., p. 44.; FRANGI, M., *Constitution et Droit Privé, les droits individuels et les droits économiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence-Paris, Economica, 1992.

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., con la colaboración de C. ALARCÓN CABRERA, R. GONZÁLEZ-TABLAS y A. RUIZ DE LA CUESTA, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 221; ESPING-ANDERSEN, G., *Los tres mundos del Estado de bienestar*, trad. de B. Arregui. Alfons el Magnanim, Valencia, 1993, pp. 283 y ss.; FLORA, P., y HEIDENHEIMER, A. J. (dirs.), *The Development of Welfare States in Europe and America*. Transaction Books, New Brunswick-Nueva York, 1981; MISHRA, R., *Globalization and the Welfare State*, E. Elgar, Cheltenham, 1999.

mentales, que considere adecuadamente la libertad, la igualdad y la solidaridad, debe olvidar la alternativa entre la privatización y la estatalización. La fórmula que resume los elementos del «Estado», del «servicio público», del «no-mercado», del «mercado», del «beneficio», de la «igualdad» y de la «desigualdad» debe efectuar una combinación distinta dentro de una transacción continua entre los mecanismos de acción de los poderes públicos y sus destinatarios. La combinación vendría dada por una comunicación que utilice mecanismos mediadores en los que la persona sea la protagonista, al tiempo que la acción del Estado no descuide sus funciones, promoviendo condiciones de libertad e igualdad efectivas y reales y removiéndolos obstáculos que se opongan a ello, junto con el fortalecimiento de la solidaridad ⁵⁶.



⁵⁶ HARRIS, D., *La justificación del Estado de bienestar, la nueva derecha «versus» la vieja izquierda*, introducción y trad. de J. J. Fernández Cainzos, Ministerio de Economía y Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, pp. 134 y ss.; MISHRA, R., *El Estado de bienestar en crisis: pensamiento y cambio social*, trad. de R. Muñoz del Bustillo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pp. 24 y ss., ROSANVALLON, P., *La crisis del Estado...*, cit., p. 113.