

## CONCEPTO Y PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**Gregorio Peces-Barba Martínez**

*Catedrático de Filosofía del*

*Derecho, Moral y Política*

*de la Universidad Carlos III de Madrid*



Los derechos fundamentales expresan en la cultura moderna la proyección en la realidad del poder y del Derecho, de la ética pública de la modernidad. Son su dimensión subjetiva, que permite a los seres humanos elegir libremente sus planes de vida (ética privada), despejando los obstáculos sociales que lo impiden, favoreciendo la participación en las instituciones públicas para contribuir a las decisiones colectivas, en la línea más acorde con esos objetivos, y promocionando la satisfacción de necesidades básicas, o removiendo los obstáculos que impiden esa satisfacción.

Los valores de la ética pública en torno a la idea de libertad igualitaria, de seguridad y de solidaridad, se justifican por su servicio a la dignidad de la persona, y a su vocación de alcanzar la autonomía o independencia moral, también llamada libertad moral, desde la capacidad de elegir entre diversas estrategias de felicidad (planes de vida) susceptibles de ser ofrecidos como propuesta generalizable, y por la necesidad de que éstos se realicen en la vida social, donde los hombres viven en relación intersubjetiva. El Poder político y el Derecho son el cauce para que sea real la eficacia social de esa moralidad. Por eso parece razonable sostener que los derechos fundamentales sólo se pueden entender plenamente cuando la moralidad que representan está incorporada al Derecho positivo, con el impulso último del hecho fundante básico que sostiene el Ordenamiento y que es el poder político, el Estado.

Identificar a los derechos fundamentales sólo con su moralidad, como derechos morales, es un reduccionismo muy frecuente, que sin embargo no explica la finalidad de éstos como configuradores de la realidad social para hacer posible el desarrollo moral de las personas. Sólo puede explicar la dimensión crítica de esa moralidad, frente a una realidad social que no asuma en su Derecho a los derechos fundamentales, pero no permite identificar aquellas situaciones en las cuales la moralidad está en todo o en parte, positivizada —ni todas las dimensiones jurídicas de los derechos, como veremos, muy relevantes—. Curiosamente son más útiles esos reduccionismos para ex-

plicar la función de los derechos en las sociedades no democráticas (como crítica moral a las mismas), que en las democráticas (como elemento identificador esencial para esa calificación).

Se ha dicho que los derechos fundamentales son la expresión de la moralidad de la Ilustración, enriquecida por las aportaciones democráticas y socialistas, que ya estaban en germen en la divisa de la Revolución Francesa "libertad, igualdad y fraternidad". Incluso se ha llegado a decir que cumplen hoy el papel regulador de la idea de Justicia, que en otros tiempos cumplió el Derecho Natural, aunque prefiero no volver a introducir la polémica ius-naturalismo, positivismo, que hoy parece superada. Es necesario, sin embargo, completar ese perfil de la moralidad pública, que no se manifiesta sólo, en la sociedad política y en su Derecho, como derechos fundamentales, sino también como principios de organización, que otros prefieren llamar, por ejemplo, garantías institucionales, y que son la prolongación objetiva de los valores de esa ética pública, en el Poder, en las instituciones del Estado y en el mismo Derecho. Así el principio de las mayorías, el de separación de poderes, el de la independencia judicial, el de la legalidad, etc., completan, en esa dimensión objetiva que caracteriza a la estructura y a la función del poder y de su Derecho, a la subjetiva, en interés principal del individuo, que se expresa con los derechos fundamentales.

Derechos fundamentales y principios de organización son la manifestación, situados los primeros desde el punto de vista del ciudadano y los segundos desde el punto de vista del Estado y del Ordenamiento jurídico, de la ética pública de la modernidad, que se complementan y que son imprescindibles para la existencia de la sociedad democrática, sede de esa utopía del desarrollo moral de la dignidad humana, que necesita un entorno cultural, social, económico y político que sólo es consecuencia de la existencia combinada de derechos fundamentales y principios de organización.

II. Los derechos fundamentales así considerados han sido negados total o parcialmente en la cultura política moderna. También se puede hablar de negaciones externas e internas, coincidiendo las primeras con las que hemos llamado totales, y las segundas, con las que hemos llamado parciales. Es identificar esas negaciones desde dos puntos de vista, por su extensión, total o parcial, o por la perspectiva desde la que se sostienen, fuera de la idea de los derechos o desde la misma idea de los derechos, aunque negando alguno de sus aspectos. Entre las negaciones totales o externas, se pueden distinguir las que afectan al concepto teórico y las que afectan a su función en la vida social y política. Burke representa en sus *Reflexiones sobre la Revolución Fran-*

cesa la crítica al concepto abstracto de derechos humanos, expresión del racionalismo jurídico, frente a su idea de las libertades históricas. En esta misma línea podríamos situar al Romanticismo, especialmente en el pensamiento alemán (Jacobi, Móser, Herder, Schelling, Rehberg, Müller o Schlegel), y en dimensiones más jurídicas a la Escuela Histórica que arranca con Savigny. Sin embargo las negaciones relevantes son las que rechazan la función de los derechos, tal como la hemos descrito con anterioridad y que por eso son además externas. Así la negación antimoderna, que rechaza las bases mismas de la Ilustración y de la modernidad, en De Maistre, De Bonald, Villey, o el pensamiento pontificio y parte del pensamiento católico, hasta finales del siglo XIX. Así en las antípodas, la negación de Marx en sus escritos "Sobre la cuestión Judía" de 1844 (escrita en 1843), y de la revisión leninista, que desembocará en el comunismo y en la dictadura, y cuyo derrumbamiento contemplamos en los últimos años, en los países del Este.

Sin embargo es más significativa, y más real, la única forma viva y actuante de la negación parcial o interna que es la del reduccionismo liberal. Las otras posibles negaciones parciales o internas, la democrática y la socialista, no tienen existencia en la cultura jurídica actual y son sólo modelos teóricos, apenas ensayados en el pensamiento de algunos autores. Las aportaciones liberales —la primera en el tiempo— democrática y socialista, coetáneas aunque no absolutamente idénticas, entendidas de forma abierta e integradora, configuran la imagen actual de los derechos que aquí sostenemos, pero, a través de patologías excluyentes generadas en el ámbito de esas ideologías, se ha sostenido la incompatibilidad entre ellas, y es a lo que hemos llamado reduccionismos parciales o internos.

Nos parece que el liberal, que reduce los derechos a los individuales, que pretenden proteger al ciudadano y a su autonomía, y que niega especialmente aquellos derechos que pretenden a través de la acción positiva del Estado satisfacer necesidades básicas, es el que permanece. Ha asumido la aportación democrática —al menos en lo referente al sufragio universal de los nacionales, aunque late en su seno la exclusión de los no invitados al banquete (parábola de Malthus, en su *Ensayo sobre la Población*)— y por eso sólo considera el tema de la emigración y de los refugiados, desde el punto de vista de los cupos de trabajadores que interesan al modelo económico, porque los nacionales no los quieren realizar.

Pero no asume la aportación socialista que pretende en síntesis que los derechos, tanto los individuales, como los democráticos de participación, sean disfrutados por todos, porque todos, sólo con necesidades básicas resueltas,

están en condiciones de usar esos derechos para elegir libremente, en la vida social su plan de vida, que es su idea personal de la autonomía o independencia moral, de la felicidad, o del bien según sea la idea de la moral y del destino humano que cada uno tiene. Admite la igualdad en la libertad, la llamada igualdad formal, pero no la igualdad para la libertad, es decir, la igualdad llamada material. Tampoco admite la solidaridad, como valor público, no como caridad privada, que es lo que distingue a la solidaridad de los antiguos de la solidaridad de los modernos, y que es la participación sin sacrificios excesivos, en el proyecto común a través de la aceptación de una serie de deberes positivos generales (a veces, no siempre con correlativos derechos para otros) que conducen a la colaboración en la realización de la igualdad para la libertad.

III. Una concepción integral de los derechos se fundamenta en la reflexión racional en la historia, que nos aporta la moralidad de la libertad, de la igualdad, de la solidaridad y de la seguridad como moralidad pública, que hace posible la moralidad de cada uno (moralidad privada). Esta concepción se realiza a través de un poder que asuma esa moralidad y la convierte en eficaz, a través de su Derecho positivo. Eso supone distinguir en el concepto de los derechos tres momentos inseparables y de los que no se puede prescindir:

1. Una pretensión moral justificada, es decir, generalizable y susceptible de ser elevada a ley general, con un contenido igualitario para sus posibles destinatarios, sean éstos los hombres y los ciudadanos (genéricos) o mujeres, niños, trabajadores, consumidores, minusválidos (específicos o situados en una categoría con rasgos propios y distintivos).

2. Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales. Esto exige que esa pretensión moral sea susceptible técnicamente, de acuerdo con las reglas que regulan la creación, interpretación y aplicación del Derecho, de ser incorporada a una norma que pueda pertenecer a un Ordenamiento, y en concreto a ese subsistema de derechos fundamentales, que pueda obligar a los correlativos destinatarios de las obligaciones que se desprenden del derecho, que sea susceptible de garantía y de protección judicial, y que se pueda atribuir a sus titulares como derecho subjetivo, como libertad, como potestad o como inmunidad.

3. Una realidad social que favorezca y haga posible su eficacia. En efecto los derechos no son sólo pretensiones morales susceptibles de ser realizadas a través del Derecho, sino posibles, por la existencia de factores económicos, sociales o culturales que favorezcan su efectividad. Un analfabetismo

amplio, un retraso técnico o una escasez económica, pueden dificultar o impedir la generalización de derechos como el de la libertad de prensa, la inviolabilidad de la correspondencia o el derecho a la educación, o a la seguridad social. Así se produce una paradoja genérica de la cultura jurídica: La escasez que es una de las razones que justifican la existencia del Derecho, es también razón que imposibilita la plenitud de algunos derechos.

Estos tres momentos para la adecuada comprensión del concepto de derechos fundamentales se corresponden con sus dimensiones de justicia, de validez y de eficacia.

IV. A esta concepción clásica de los derechos que asume los puntos de vista del pensamiento liberal, democrático y socialista, que los considera compatibles y que se ha ido construyendo a lo largo de la historia de la cultura moderna, tanto en sus dimensiones de moralidad, de política y de juridicidad, se le plantean hoy una serie de problemas teóricos y prácticos que modifican su imagen estática, que producen cambios, y que exigen nuevas reflexiones. Con esto queremos decir que no es una concepción cerrada y definitiva, sino abierta e *in fieri*. Según se consolida su relevancia, para la ética pública de la modernidad, para los Estados democráticos y para el paradigma del Derecho justo, aparecen nuevos retos y nuevas dificultades para ser abordadas desde la reflexión de la Filosofía del Derecho. Entre ellas y sin afán de exhaustividad quiero señalar e identificar de forma sintética a cuatro que me parecen especialmente relevantes, que darán o han dado ya, sin duda, lugar a amplios debates y tomas de posición en los ámbitos académicos, y también con serias consecuencias prácticas en el perfil y en las orientaciones de las sociedades del futuro.

Son la juridificación de la desobediencia, la especificación de los titulares de los derechos, el peligro de derechos que se convierten en poderes excesivos, y la modificación de la función de los derechos económicos, sociales y culturales.

## **1. LA JURIDIFICACION DE LA DESOBEDIENCIA**

Probablemente sea el fenómeno más extendido, en torno a temas muy de actualidad como la objeción de conciencia o la desobediencia civil, pero que aún no se ha situado satisfactoriamente en el ámbito de esa ética pública de la modernidad donde arraigan los derechos fundamentales. Frente a los extremos que niegan la posibilidad de desobediencia en las sociedades democráticas, por la legitimidad de las normas que derivan del principio de las

mayorías, y los que la aceptan sin restricciones por la prevalencia de la conciencia frente a la ley y a la Constitución, esta juridificación de la desobediencia se explica coherentemente dentro del sistema de los derechos, como reconocimiento limitado e integrado del disenso.

El rechazo de la desobediencia de las normas justificado por el principio de las mayorías, es una forma de positivismo ideológico, que confunde la validez con la justicia. La superioridad de la conciencia (forma individualista extrema de la moralidad, sin referente objetivo) sobre el Derecho positivo es una forma de iusnaturalismo excluyente que nos devuelve al estado de naturaleza, es decir, a las formas teóricas previas a la formación de la ética pública de la modernidad, a la inseguridad, a la autotutela y a la desaparición de la sociedad civil y del Estado.

La juridificación de la desobediencia cabe dentro del sistema, y consiste en la aceptación de la prevalencia de la conciencia sobre obligaciones jurídicas, en aquellos supuestos en que el Derecho, a través de sus formas de producción normativa, la reconoce, como expresión de un disenso relevante. Es la afirmación más clara de que el consenso que da lugar en el mundo moderno a las sociedades democráticas, con todos sus componentes, incluidos los derechos fundamentales, comprende el derecho a discrepar de dimensiones incluso radicales del mismo por razones morales. Es también un mecanismo de superación de la identificación entre validez y justicia, por un uso excesivo del principio de las mayorías, aceptando cauces para la expresión jurídica de las minorías, incluso cuando éstas son sólo de una persona.

Únicamente tiene sentido en el seno del propio sistema. Las desobediencias al margen de las asumidas como objeciones de conciencia, son siempre antijurídicas y susceptibles de sanción, aunque la ponderación de ésta se calibrará según el objetivo o la finalidad. Si la desobediencia se produce para corregir el sistema, partiendo de dimensiones de moralidad crítica que se pretenden incorporar al Derecho positivo, o que intentan derogar normas de éste incompatibles con ella, los órganos de las instituciones democráticas serán moderados y equitativos atendiendo a esas finalidades, pero incumplirían sus obligaciones si descartasen la sanción. En otros casos no hay razón general alguna, sólo la que pueda derivar del caso concreto, para consideraciones especiales en la imposición de la sanción.

## **2. LA ESPECIFICACION DE LOS TITULARES DE LOS DERECHOS**

Frente a los privilegios medievales, con destinatarios específicos, como los nobles, los miembros de un gremio o de una corporación, o los vecinos

de una ciudad, los derechos humanos en su modelo clásico aparecen como expresión de la racionalidad, con destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, expresión de la igualdad ante la ley. Sin perjuicio del mantenimiento de ese criterio, se ha producido una ampliación y una especificación de los destinatarios de los derechos a través de la consideración de derechos atribuibles sólo a categorías o grupos de ciudadanos por razones vinculadas a su situación social o cultural discriminada —mujeres, emigrantes, etc.— por la especial debilidad, derivada de razones de edad —niños—, o de razones físicas o psíquicas temporales o permanentes —minusválidos—, o del puesto de inferioridad que ocupan en una determinada relación social —consumidores, usuarios o administrados—. No representa este proceso una aproximación de los derechos modernos a los viejos privilegios medievales, porque no tienen como finalidad mantener un *status* en una sociedad cerrada en estamentos rígidos, con derechos diferenciados que marcan ventajas que no alcanzan a todos (sean de carácter procesal, civil o penal), sino que al contrario pretenden afinar, distinguiendo entre los genéricos destinatarios, hombres o ciudadanos, y aquellos sectores sociales discriminados, o aquellas personas en inferioridad en el disfrute igualitario de los derechos para hacer posible una equiparación. Los privilegios medievales mantenían y pretendían consolidar criterios de diferenciación, según la clase o el estamento al que cada cual pertenecía. Todos eran sujetos de Derecho, y tenían igualdad jurídica, pero no todos eran sujetos de los mismos derechos, y carecían de igualdad ante la ley. La especificación de los titulares de los derechos, atribuyendo algunos a las mujeres y no a los hombres, a los niños y no a los mayores, a los minusválidos y no a las personas sanas, a los consumidores y no a los comerciantes, a los usuarios y no a los concesionarios de un servicio público, a los administrados y no a los funcionarios, aunque todos sean hombres y ciudadanos, supone el paso desde la igualdad ante la ley hacia la igualdad de derechos, es decir hacia una situación en la que todos puedan disfrutar igualmente de los derechos. Es el camino en los derechos fundamentales hacia la equiparación, partiendo de la igualdad jurídica —consideración como sujeto de derecho, pasando por la igualdad ante la ley, integrado en el genérico hombre y ciudadano, para llegar a la igualdad de derechos— superando las discriminaciones y las desigualdades con el proceso de especificación.

### **3. LOS DERECHOS QUE SE CONVIERTEN EN PODERES EXCESIVOS**

Los derechos clásicos, en cualquiera de sus formas, como derechos subjetivos, como libertades, como potestades y como inmunidades, han evitado

maleficios o han producido beneficios a sus titulares y siempre han generado un poder en manos de éstos: para reclamar el cumplimiento de obligaciones correlativas de otros, para poner de relieve que otros carecen de derecho de interferirnos en nuestra libertad, directa y propiamente como un poder en las potestades, y como una prohibición para impedir que poderes ajenos sean eficaces respecto a nosotros en las inmunidades.

El juego ha sido razonable y correcto cuando los poderes generados por los derechos y los poderes a los que éstos pretendían equilibrar o contrapesar se han mantenido dentro de las reglas de juego y sometidos a la legalidad. En esos supuestos las funciones de todos han actuado dentro del sistema. Pero en ocasiones el ejercicio de derechos fundamentales ha generado poderes tan fuertes, que han escapado del control de la legalidad y se han independizado de las funciones que dentro del sistema debían realizar, o de los fines propios que podían cumplir como derechos. Así se han convertido en poderes autónomos que a su vez pueden representar peligros para personas o para otros derechos y pueden suponer una vuelta al gobierno de los hombres frente al gobierno de las leyes, puesto que funcionan por encima, al margen y con independencia de cualquier regulación jurídica. Expresan manifestaciones de voluntad sin control. En un sistema casi perfecto de gobierno de las leyes, como es el Estado de Derecho, su distorsión es más patente. A lo largo de los últimos años este fenómeno se ha podido constatar en relación principalmente con la libertad de asociación, respecto a los partidos políticos, y con la libertad de expresión y de prensa, en relación con medios de comunicación. A través de unos procesos complejos que no podemos analizar aquí, sino sólo describir su conclusión, los partidos políticos se han convertido en centros de decisión respecto de competencias formalmente atribuidas a órganos constitucionales como el Parlamento o el Gobierno. Sobre esas decisiones no existe ningún control de legalidad, porque no se han sacado las consecuencias de su constitucionalización, por la que han dejado de ser instituciones de hecho, y no se ha prolongado la juridificación. Se les reconoce su posición constitucional, como en el caso de España, y no se sacan las consecuencias debidas en un Estado de Derecho. Están *legibus solutus*. Por eso son un poder que puede dañar a otros derechos fundamentales, y puede generar maleficios.

Los medios de comunicación, con un proceso similar, en una sociedad cada vez más abierta, han superado con creces las finalidades que los autores clásicos como los federalistas, o John Stuart Mill, por señalar los ejemplos más notorios, fijaron para la libertad de prensa y se han convertido en un

poder dependiente de las instituciones públicas o de los poderes económicos privados que mantienen su financiación, respondiendo a sus intereses, más que a un teórico y objetivo interés general. Así su influencia se ha agigantado y ha salido de los límites del sistema y de su función de controlar al poder, porque son a su vez otro poder que puede generar también peligros para otros derechos fundamentales.

Por otra parte el mantenimiento del discurso clásico, en la filosofía de los derechos humanos para justificar y fundamentar ambos derechos, produce un halo de fingimiento, de hipocresía y de manipulación, cuando se conoce el desequilibrio entre esos argumentos, y la realidad de la práctica de los partidos y de los medios de comunicación.

Finalmente, este diagnóstico, que se produce dentro del sistema, no debe ser confundido con las argumentaciones externas contrarias a los partidos políticos y a la libertad de prensa, incluso en su función tradicional que se hace desde ideologías autoritarias, fascistas o leninistas.

#### **4. LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO LIMITES AL PODER**

En la doctrina clásica de los derechos fundamentales, cuando se admitía un concepto integral de los mismos que incluyese a los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, como en mi punto de vista, cuando se admitía la aportación socialista, estos derechos se situaban como derechos de crédito, o derechos pretensión a los que se atribuía la función de reclamar la intervención de los poderes públicos para satisfacer necesidades básicas, directamente o a través de terceros. Eran expresión de esa función promocional para crear condiciones o remover obstáculos para poder ser libres y gozar de los restantes derechos a la no interferencia y a la participación. Técnicamente exigían un comportamiento positivo correlativo de los que estuvieran obligados, fueran poderes públicos o particulares, y se construían como derechos subjetivos.

Sin embargo, la escasez en muchos casos impedía, como en el caso del trabajo, o de la vivienda, un desarrollo pleno como tales derechos subjetivos, y la formulación maximalista impulsada por el pensamiento socialista democrático, ante su imposibilidad, producía un efecto negativo y favorecía las críticas neoliberales, cuya conclusión llevaba a justificar la exclusión de estas pretensiones morales de la categoría de los derechos, e incluso a impugnar

el valor y el sentido del propio Estado social, estructura en la que tenían sentido esos derechos.

Por otra parte, la dificultad de protección, que impedía, al no ser derechos subjetivos, su reclamación ante los tribunales, llevaba a una conclusión similar, puesto que unos derechos, sin protección ni garantía judicial, difícilmente se pueden integrar en una categoría de Derecho positivo.

Ciertamente alguno, como el derecho a la educación, lograba sortear todas esas dificultades e integrarse con holgura en la categoría jurídica de los derechos subjetivos, generando deberes correlativos de los poderes públicos. Sin embargo los que no alcanzaban el objetivo se convertían en un argumento de peso contra los propios fundamentos ideológicos que los sustentaba.

A pesar de esas insuficiencias, esas pretensiones morales pueden ser construidas como derechos fundamentales clásicos y pueden desempeñar un papel decisivo para proteger a los ciudadanos de maleficios, si no son capaces de ayudarles a aumentar sus beneficios.

En efecto el Estado social y los beneficios a los ciudadanos se pueden defender manteniendo las conquistas logradas, aunque no se pueden éstas atribuir como derechos subjetivos. Frente al empuje neoliberal y a la ética del mercado, en caso de antinomia entre alguna exigencia de ésta y esos logros del Estado de Derecho, en forma de derecho a la salud o a la seguridad social por ejemplo, pueden considerarse derechos reaccionales, de carácter negativo, tendentes a rebajar las situaciones alcanzadas, aunque no punto de partida para obtener nuevos beneficios. Es verdad que también se pueden construir como principios de organización, es decir, como dimensión objetiva de la moralidad positivizada. En este caso si se sitúa en la Constitución, su protección reproduciría también a través de los remisos de inconstitucionalidad.

Así cerraríamos el círculo y volveríamos al principio, al origen histórico de los derechos y éstos, como los del capítulo III del título I de la Constitución española, serían un límite al poder, garantizando, frente a la dinámica privatizadora y a la ideología del mercado como regla suprema de comportamiento, los niveles de bienestar alcanzados. Ya no estamos ante derechos subjetivos, sino ante libertades, respecto a las cuales el correlativo sería un no derecho a malificar, sin modificación de la Constitución, esos niveles de seguridad social o de sanidad pública.

Sin perjuicio de que algunos derechos deben ser convertidos en derechos subjetivos, y pueden serlo, como sería el caso ya señalado de la seguridad social, eso no quiere decir que el fracaso en esos objetivos convierte a esos