

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE DERECHOS HUMANOS
"BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"

LA TEORÍA JURÍDICA ESPAÑOLA
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DESDE 1978

AUTOR: M^a del Carmen Barranco Avilés
DIRECTOR: Dr. D. Rafael de Asís Roig
Abril de 1999



Memoria elaborada por M^a del Carmen Barranco Avilés, bajo la dirección del prof. Dr. Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía de Filosofía del Derecho, depositada en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid en abril de 1999, para la colación del Grado de Doctor.

“LA TEORÍA JURÍDICA ESPAÑOLA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE 1978”.

INTRODUCCIÓN 11

CAPITULO I. LA ORIENTACIÓN FUNCIONAL DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS. EL PUNTO DE VISTA EXTERNO Y EL PUNTO DE VISTA INTERNO 13

- 1. La Teoría jurídica de los derechos fundamentales 18**
 - 1.1.Método 21**
 - 1.2.Objeto..... 50**

- 2. Las funciones de los derechos fundamentales..... 67**
 - 2.1.Las funciones de los derechos desde el punto de vista externo 69**
 - 2.2.Las funciones de los derechos desde el punto de vista interno 73**

- 3. Las funciones de los derechos fundamentales en el punto de vista externo 76**
 - 3.1.La función objetiva. La finalidad política de los derechos. La legitimidad del poder. Democracia y derechos humanos 79**
 - 3.2.La función subjetiva. La garantía del desarrollo de la dignidad humana..... 126**

PRIMERA PARTE. LA FUNCIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS. SU PAPEL COMO CRITERIOS DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA..... 137

CAPÍTULO II. EL ESTATUTO OBJETIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU CARÁCTER CONSTITUCIONAL 139

- 1. Principios y reglas como estructuras normativas de los**

derechos.....	161
1.1. La distinción ‘fuerte’ entre principios y normas	174
1.2. La distinción ‘débil’ entre principios y normas	182
1.3. Los principios constitucionales y el iusnaturalismo no racionalista	188
1.4. El problema de los valores y su relación con los principios y las reglas	192
2. Instituciones y ‘valores’ como ‘estrategias de interpretación’ de los derechos fundamentales	202
2.1. La idea de institución en la cultura jurídica española. Su relación con los derechos fundamentales	202
2.2. La idea de valor en la cultura jurídica española. Su relación con los derechos fundamentales.....	213

CAPITULO III. LA FUNCIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DERECHO ESPAÑOLA. 221

1. Los modelos iusnaturalistas	235
1.1. La concepción ‘culturalista’	235
1.1.1. La crítica al positivismo y la teoría de la integración	235
1.1.2. La función objetiva de los derechos desde la concepción ‘culturalista’	241
1.2. El ‘iusnaturalismo deontológico’	252
1.2.1. La Teoría del Derecho. “Iusnaturalismo deontológico” frente a ‘positivismo jurídico’	252
1.2.2. La función objetiva de los derechos desde el ‘iusnaturalismo deontológico’	255
2. Los modelos iuspositivistas	271
2.1. El iuspositivismo ético y la función objetiva de los derechos	290
2.2. El iuspositivismo metodológico y la función objetiva de los derechos.....	310

SEGUNDA PARTE. LA FUNCIÓN SUBJETIVA DE LOS DERECHOS. SU PAPEL DE GARANTÍA DE POSICIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS..... 321

CAPITULO IV. EL ESTATUTO SUBJETIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU CARÁCTER DE DERECHO SUBJETIVO.....323

- 1. La estructura de derecho subjetivo 353
- 2. El 'fundamento'. Esquemas de aproximación a los derechos en su función subjetiva..... 389
 - 2.1. Los derechos morales 391
 - 2.2. Los valores 403

CAPITULO V. LA FUNCIÓN SUBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DERECHO ESPAÑOLA415

- 1. El modelo liberal..... 442
 - 1.1. Los derechos fundamentales como expresión de los derechos morales 442
 - 1.2. El modelo liberal desde la defensa de la igualdad ... 458
- 2. Los modelos 'no liberales'. La solidaridad como valor político 471

**TERCERA PARTE. CONSIDERACIONES FINALES.....
..... 495**

CAPITULO VI. LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS EN ESPAÑA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN.....497

- 1. Reflexiones sobre los modelos de función objetiva 501
- 2. Reflexiones sobre los modelos de función subjetiva 521
- 3. La relación entre la función objetiva y la función subjetiva
..... 534

CONCLUSIONES.....539

BIBLIOGRAFÍA.....549

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. LA ORIENTACIÓN FUNCIONAL DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS. EL PUNTO DE VISTA EXTERNO Y EL PUNTO DE VISTA INTERNO.

1. La Teoría jurídica de los derechos fundamentales.

1.1.Método.

1.2.Objeto.

2. Las funciones de los derechos fundamentales.

2.1.Las funciones de los derechos desde punto de vista externo.

2.2.Las funciones de los derechos desde el punto de vista interno.

3 Las funciones de los derechos fundamentales en el punto de vista externo.

3.1.La función objetiva. La finalidad política de los derechos. La legitimidad del poder. Democracia y derechos humanos.

3.La función subjetiva. La garantía del desarrollo de la dignidad humana.

CAPITULO I. LA ORIENTACIÓN FUNCIONAL DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS. EL PUNTO DE VISTA EXTERNO Y EL PUNTO DE VISTA INTERNO.

A lo largo del presente capítulo precisaré algunos de los presupuestos que constituyen el punto de partida del presente trabajo, cuyo objeto de estudio es la Teoría jurídica de los derechos fundamentales desarrollada en España desde la Constitución. En la medida en que la perspectiva que se asigne a esta disciplina condiciona la selección de temas y autores, se hace necesario hacer explícito qué tipo de enfoque se atribuye a la Teoría del Derecho en el contexto español.

Por otra parte, la idea mantenida por nuestros autores de que la Teoría del Derecho se configura como una teoría funcional a partir de los años setenta, será una de las claves de la interpretación que se ofrece de las obras. Por ello merece atención específica el problema de las funciones de los derechos fundamentales, que aparecerá como el elemento desde el que se ordenan las contribuciones en materia de derechos en el período de estudio. El interés por este problema se manifiesta en la doctrina y en la jurisprudencia constitucionales, en cuyo seno viene a ser un lugar común afirmar que los derechos fundamentales desempeñan una función objetiva y una función subjetiva. Esta idea se ha convertido en un rasgo característico de los trabajos sobre los derechos que se producen en nuestro entorno (el occidente continental europeo) en la actualidad.

Ambas ideas (que la Teoría del Derecho sea 'funcional', y que entre a formar parte del concepto de derechos la alusión a su doble función) tienen reflejo en la estructura del trabajo. Ciertamente, el interés fundamental de una aproximación a los derechos que adopte la perspectiva que se considera adecuada para la Teoría del Derecho, recae sobre su faceta jurídica, sin embargo, la comprensión de la categoría como Derecho –en particular las funciones que le son atribuidas–, depende de toda una serie de opciones que tienen que ver con aspectos tales como la idea de dignidad a que se refieren los derechos o el sentido de la organización política. Por supuesto, el límite se sitúa en lo que a lo largo del trabajo se considerará 'contenido mínimo' de la expresión derechos fundamentales y que, veremos, supone una vinculación del concepto

al liberalismo (frente al holismo); en definitiva, al individualismo ético, en relación con la dignidad, y al Estado de Derecho, en relación con el modelo de organización política.

Precisamente por las implicaciones de lo que consideraré el punto de vista externo, las distintas aportaciones teórico-jurídicas al estudio de los derechos fundamentales no resultan totalmente comprensibles si no se tienen en cuenta aquellas otras preferencias. Para presentar los distintos esquemas de aproximación a los derechos que se manejan en nuestro ámbito, es preciso prestar atención a la Teoría del Derecho, pero también a la Filosofía Política de cada autor. El método elegido ha sido la elaboración de modelos, que presenta el riesgo de las generalizaciones, pero que es extremadamente útil para el objetivo que aquí se persigue y que no es otro que establecer una serie de rasgos característicos de la Teoría Jurídica de los derechos que se desarrolla en nuestro país en relación con la versión que de éstos aparece en la Constitución.

Con ello, la hipótesis de partida la constituye la idea de que la aproximación a los derechos fundamentales que llevan a cabo los autores españoles en este período adopta una orientación funcional en dos sentidos que hacen referencia a lo que considero el punto de vista externo y el punto de vista interno. Los modelos en el punto de vista interno dependen de opciones previas en el punto de vista externo.

También en el segundo de estos aspectos cabe decir que los derechos desempeñan una función objetiva y una función subjetiva. Aunque conviene señalar que la distinción entre ambas es un recurso para ordenar los distintos temas que confluyen en relación con el concepto de derechos, de modo que se pongan de manifiesto las posibles opciones en el punto de vista externo que influyen en la definición de las funciones en el punto de vista interno.

Así, a lo largo del análisis de la función objetiva en el punto de vista externo, tendré en cuenta las distintas interpretaciones que se ofrecen para la idea de que los derechos sirven como criterios de legitimidad al poder. En este caso, la 'finalidad' atribuida hace referencia a su vez a la finalidad de la organización política y depende de las concepciones en torno a la relación individuo-Estado que los distintos autores manejan. Fundamentalmente me voy a referir a dos grupos de teorías que denomino liberales y republicanas. Si bien este último adjetivo no goza de tradición en nuestro

contexto, sirve para englobar un conjunto de posiciones desde las que el papel atribuido a los derechos en su aspecto 'político' se aleja del tradicional y que no encuentran acomodo en otros términos quizá más habituales en nuestra lengua.

La teoría será liberal o republicana en función de si consideran a los individuos en la sociedad vinculados por lazos de cooperación fundamentados en el 'egoísmo racional' o en la solidaridad, o mejor, si extraen consecuencias normativas de esta premisa. El último aspecto señalado constituye precisamente la función subjetiva en el punto de vista externo, puesto que ésta consiste en que los derechos aparecen como los vehículos a través de los cuales se trasladan determinadas exigencias éticas de dignidad humana a la Política y al Derecho y aquella dicotomía se refiere, en última instancia, a una distinta concepción de la naturaleza del ser humano.

La respuesta que los autores ofrecen ante estos problemas repercute, a su vez, en el punto de vista interno. Esta parte en la que se analizan las funciones de los derechos en el Derecho, constituye el núcleo del trabajo. En ella trato de ver en qué medida aquellas opciones por un modelo republicano o liberal -con todas sus implicaciones-, repercuten en la formulación de distintas teorías de los derechos fundamentales en el contexto español. Cuando lo que interesa es el aspecto jurídico de los derechos fundamentales, podemos representárnoslos como Derecho objetivo -y en este caso entra en juego otra opción básica que es la referida al concepto de Derecho al que se considera vinculado el de derechos- o bien como posiciones subjetivas -con lo que entra a formar parte de la discusión el concepto de derecho subjetivo-.

1. La Teoría jurídica de los derechos fundamentales.

La opción por una perspectiva de Teoría del Derecho se justifica porque entiendo que lo característico de los derechos fundamentales en nuestro país y durante período de estudio es que entran a formar parte del Derecho¹. Por esta razón, el interés prioritario lo merecerá su faceta jurídica; aunque por las dificultades que plantea distinguir esta vertiente de las moral y política, será necesario prestar atención a ciertos aspectos en los que las tres confluyen.

No obstante, he de decir que en su origen el tema de la presente investigación se enunciaba como “los derechos fundamentales en la cultura jurídica española desde 1978”. Puesto que la estructura definitiva en que se presenta el trabajo no es ajena a aquella idea inicial, me detendré a continuación en algunas precisiones sobre el sentido de “cultura jurídica” para después intentar explicar las razones por las que a pesar de todo he preferido referirme a la Teoría del Derecho.

A propósito de la noción de “cultura jurídica”, la acepción que considero relevante para un trabajo del tipo del que aquí se afronta, es la que -tomada de G. Tarello-, aparece como una categoría que permite una reconstrucción del Derecho a partir de las claves que en cada momento sirven para comprender lo jurídico. En G. Tarello, esta noción admite dos tipos de utilización, en estudios históricos y como noción aplicable al conocimiento del Derecho vigente, y en cada una de ellas sirve para resaltar un aspecto distinto. Su ‘uso histórico’ permite individualizar los cambios de paradigma, y , en ‘sede de Derecho vigente’ hace posible la reconstrucción de los condicionantes ideológicos de intérpretes y órganos de aplicación, así como su capacidad de determinar transformaciones normativas.

Cuando menos en la historiografía de Tarello, y ese es el sentido que como

¹ A su vez, la acotación del espacio temporal obedece a la intuición de que a partir del comienzo de la transición, se generaliza una nueva forma de entender los “derechos humanos” que en 1978 es llevada a la Constitución; se trata de una nueva cultura jurídica. Por otra parte, existen dos tesis doctorales previas referidas a los derechos en la cultura jurídica elaboradas por ROLDÁN, M.C., *Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española: neotomismo y krausismo*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1990, inédita y GARCÍA MANRIQUE, R., publicada como *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, que se sitúan en el siglo XIX y en la época del franquismo respectivamente.

decía adquiere en el presente trabajo, cuando se aborda el análisis de la cultura jurídica, de lo que se trata es de prestar atención a los momentos en que se producen cambios en la forma de entender el Derecho. En palabras de Guastini y Rebuffa, más que de “recorrer las opiniones de los juristas (o todavía peor de los filósofos sistemáticos) «sobre el derecho»“, se trata de prestar atención al modo en que las construcciones teóricas y doctrinales se transforman, “la noción de cultura jurídica resulta por ello fructífera en sede historiográfica porque permite la individualización de los momentos de transformación de las aserciones normativas -o sea la individualización de los cambios de «paradigma» en la ciencia jurídica- estableciendo una correcta vinculación entre datos «culturales», (las posiciones profesionales de los juristas, su modo de tratar las fuentes) y datos «estructurales» (el cambio institucional en sentido estricto)”². Frente al estudio que podríamos llamar estático, centrado en el análisis de las ideas de los juristas, la perspectiva desde la cultura jurídica, permite un análisis dinámico y, por tanto, la explicación de las transformaciones de aquellas ideas y de su relevancia en el Derecho.

Por otra parte, es posible distinguir entre una ‘cultura jurídica interna’ y una ‘cultura jurídica externa’. En este lugar, en el que además se parte de una concepción que aparece reflejada en la comprensión de los Ordenamientos de nuestro entorno, por ‘cultura jurídica’ entenderé cultura jurídica interna; esto es, la que se construye sobre la base de las opiniones técnicas³. La Teoría del Derecho aparece como una parte muy importante, pero no exhaustiva de la cultura jurídica; sin embargo, como decía con anterioridad, he preferido centrarme en la Teoría del Derecho -que es, por tanto, un ámbito más restringido de estudio- y no en la idea de cultura jurídica por diversas razones que pueden reconducirse a dos. De modo fundamental, la novedad en cuanto a

² GUASTINI, R., Y REBUFFA, G., “Introducción” a TARELLO, G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 21-26, pg. 23.

³ Frente a este punto de vista, FRIEDMAN, L.M., “Is There a Modern Legal Culture?”, *Ratio Juris*, V. 7, n^o2, 1994, pp.117-131, se fija en las características que serían definitorias de la cultura jurídica externa cuando define *legal culture* como “las ideas, valores, actitudes y opiniones de la gente en alguna sociedad ‘estable’, frente al derechos y al sistema jurídico”, pg. 118. En la “cultura jurídica” así entendida, el Derecho de los noventa aparece definido por seis rasgos: es cambiante, denso y ubicuo, su legitimidad es instrumental aunque también lo define una “apasionada creencia en los derechos fundamentales”, está basado en el individualismo y en él está presente la “globalización”.

la noción de los derechos en el período que constituye objeto del trabajo se encuentra en que entran a formar *parte del Derecho*; ese ‘cambio de naturaleza’ incide en su conceptualización por la cultura jurídica. Por otra parte, desde la filosofía jurídica y prestando especial atención a los derechos en tanto que Derecho, serán las construcciones teóricas sobre el Derecho las que por su grado de *generalidad* permitan extraer conclusiones sobre cuáles son los rasgos determinantes de la forma de entender el Derecho/los derechos en un momento dado⁴.

Sin embargo, en el trabajo -y esta es la idea que se mantiene desde aquella aproximación inicial- el estudio de la Teoría del Derecho más que dar cuenta de las opiniones de los teóricos, intenta reflejar las notas características de cómo se entienden los derechos en el período en cuestión. Se adopta, pues, una perspectiva que pretende ser dinámica (en el sentido en que lo es la de la cultura jurídica en la interpretación de G. Tarello). Desde esta perspectiva, los estudios que interesan son los que -esta vez parafraseando a R. Alexy- constituyen teorías de los *derechos fundamentales de la Constitución española*, adquieren el carácter de teorías *jurídicas*, y tienen vocación de *generalidad*⁵. La vinculación con el modelo de Derecho del que es expresión nuestra Constitución, nos obliga a plantearnos la dificultad de distinguir entre los estudios sobre derechos fundamentales de Teoría del Derecho y aquellos otros que más bien adoptan la metodología de la Ciencia o Dogmática jurídica; esta dificultad discurre paralela a la que representa el establecimiento de los límites entre Teoría del Derecho y Teoría General del Derecho.

Para una mejor comprensión de cuál es la perspectiva propia de un análisis de Teoría del Derecho, puede resultar de utilidad realizar algunas reflexiones sobre el objeto y el método que se consideran característicos de esta disciplina. En el trabajo, adquirirá importancia al carácter funcional de este último desde el momento en que

⁴ Conviene señalar al respecto, ‘cultura jurídica’ es una noción al uso de la Sociología jurídica, y este trabajo adopta una *metodología que no es sociológica*, sino de “metateoría” y que, por tanto, pretende ser filosófico-jurídica.

⁵ ALEXY, R., *Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pg. 28: “de lo que aquí se trata es de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales. El objeto y el carácter de esta teoría resultan de las tres características ya indicadas: primero, es una teoría de los *derechos fundamentales de la Ley fundamental*; segundo, es una teoría *jurídica* y, tercero, una teoría *general*”.

constituye un lugar común afirmar que a partir de los setenta los análisis de Teoría del Derecho abandonan en cierta medida la perspectiva estructural que les era propia para adquirir un aspecto funcional. En mi opinión, esta idea no puede entenderse sin algunas precisiones a propósito del sentido que adquiere el término función cuando se refiere a la Teoría jurídica.

1.1. Método

La Teoría del Derecho aparece como una parte de la Filosofía del Derecho, precisamente aquella que se ocupa de dar respuesta a la pregunta *¿qué es el Derecho?*. Esta concepción de la Teoría del Derecho como parte de la Filosofía aparecía como la mayoritaria entre los propios filósofos del Derecho españoles según se desprende del repaso de sus opiniones vertidas el número 15, monográfico de los *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez* que aparecía en 1975 como “La Filosofía del Derecho en España”⁶. Sin embargo, esta vinculación no siempre ha sido mantenida⁷, y a veces

⁶ Algunas de las intervenciones indican un cambio de tono en la forma de concebir la Filosofía del Derecho, así, ATIENZA, M., “Ontología del Derecho *versus* Metafísica del Derecho”, pp. 1-10, critica “lo que se ha presentado como Filosofía del Derecho en este país, con posterioridad a la guerra civil” por su función ideológica de mantenimiento del *statu quo*. Por otra parte, reprocha la situación de desconexión de la Filosofía del Derecho que en 1975 se hacía en España con respecto a la Filosofía general por cuanto “sólo han tenido una mínima repercusión las dos grandes tendencias filosóficas (filosofía del análisis y filosofía dialéctica)” y propugna una necesaria ‘puesta al día’.

⁷ Las relaciones se problematizan en las reflexiones de GARCÍA AMADO, J.A., “La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la “Teoría del Derecho” como sucedáneo”, *Persona y Derecho*, nº31, 1994, aunque finalmente este autor realiza una defensa de los temas de la Teoría del Derecho como parte de la Filosofía jurídica, así, señala que “especialmente desde los años setenta, se viene proponiendo la “teoría del derecho” como disciplina que se ocupe de la investigación general sobre el derecho positivo, dejando a la filosofía del derecho reducida a una disquisición sobre valores abstractos. Frente a tales planteamientos, pienso que una más adecuada y ambiciosa formulación de los cometidos de la iusfilosofía hace que pierda buena parte de su sentido toda propuesta de independización para la teoría del derecho. Esta no tiene, pues, por qué verse como sustitución de la filosofía del derecho o como amputación de una de sus partes legítimas, sino como un aspecto más de su cometido, globalmente planteado” (pp. 109-110). Así como el cambio de orientación en BOBBIO, N., entre “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho” y “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho”, ambos trad. A. Ruiz Miguel y recogidos en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 73-90 y 91- 101, respectivamente. En el primero de los trabajos citados, el autor delimita como temas de la Filosofía del Derecho la Teoría de la Ciencia y la Teoría de la justicia, en el segundo, además, incluye la Teoría del Derecho.

la Teoría del Derecho se ha considerado como una disciplina 'científica'. Por ejemplo, V. Villa⁸ considera a la Teoría del Derecho como la parte de la Ciencia jurídica que desempeña una función normativa en sentido débil en relación con las otras disciplinas jurídicas, puesto que al decir qué es el Derecho también está diciendo, en cierto sentido, qué deben entender por Derecho la jurisprudencia y la Teoría General del Derecho⁹. Desde el momento en que se le asigna esta función, el problema de si la Teoría del Derecho es o no Filosofía del Derecho nos remite al problema de las relaciones entre Filosofía y Ciencia¹⁰.

En este momento me interesa realizar algunas consideraciones sobre las consecuencias que se derivan de entender la Teoría del Derecho como una disciplina filosófico-jurídica. Fundamentalmente, se trata de ver hasta qué punto es posible distinguir la Teoría jurídica o Teoría del Derecho, de la Dogmática o Ciencia jurídica¹¹ y de la Teoría General del Derecho (que tradicionalmente se ha considerado Ciencia y no Filosofía del Derecho). Veremos que el que la Teoría del Derecho sea una disciplina científica o filosófica dependerá de los respectivos conceptos de Ciencia y de Filosofía que se manejen. Si el conocimiento científico se caracteriza por su

⁸ VILLA, V., *Conosceza Giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Turín, 1993, pg. 271

⁹ VILLA, V., *Conoscenza Giuridica e concetto di diritto positivo*, op. cit., pg. 220. Hay que decir que para este autor, la diferencia entre Teoría del Derecho, Teoría General del Derecho y Jurisprudencia, es de mayor o menor grado de generalidad y no de método. Compárese, además, la tarea que se encomienda a la Teoría del Derecho con las que desempeña la Filosofía según este mismo autor, por ejemplo, pp. 146-147, donde se considera que compete a la Filosofía del Derecho, el análisis conceptual con vistas a reconstruir el concepto de sentido común del derecho y los varios conceptos científicos existentes, proponer concepciones metafísicas y desarrollar investigaciones congoscitivas de segundo nivel.

¹⁰ La distinción de la Teoría del Derecho como Ciencia y la Filosofía jurídica como Filosofía se hace difícil en un autor que como VILLA, V., *Conoscenza Giuridica e concetto di diritto positivo*, op. cit., pg. 134, parte de una noción 'moderada' y relativa de 'metafísica', cuya presencia no basta para invalidar el carácter científico de una investigación, '...las teorías de la ciencia jurídica encontrarían ventajas no desdeñables alejándose de la idea, infundada, de que toda intrusión de la metafísica en el interior de las teorías jurídicas pone la científicidad de esta disciplina en peligro o que tal aporte está de hecho motivado por cuestiones ideológicas (lo que no significa naturalmente que tales situaciones no puedan producirse)" *La science du droit*, trad. O. y P. Nerhot, L. G. D. J., Paris, 1990, pg. 181. Por la necesidad de abandonar la pretensión de neutralidad de la ciencia jurídica, opta también NINO, C.S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel Barcelona, 1994, pg. 195. Desde la perspectiva de estos autores, la Teoría del Derecho no puede ser sino prolongación de la ciencia jurídica.

¹¹ Hablo de Ciencia jurídica sin pretender prejuzgar con ello el carácter científico de la jurisprudencia, más bien trato de recoger distinciones utilizadas aunque lo sean de forma polémica.

carácter axiológicamente neutro, la Teoría del Derecho -a la que corresponde proponer un concepto de Derecho- es una disciplina filosófica; por el contrario, si se entiende que no es necesario para que un conocimiento sea científico que sea neutral o se entiende que lo que hacen los juristas es dogmática y no Ciencia, no es posible establecer diferencias entre Ciencia y Teoría del Derecho más allá del criterio graduable de la generalidad.

El rasgo que de modo general utilizan los autores españoles para caracterizar las aproximaciones de Filosofía del Derecho es su carácter crítico. Sin embargo, y al margen de la necesidad de realizar algunas consideraciones sobre el objeto de crítica, esta toma de postura requiere igualmente de ciertas aclaraciones. Un autor para quien lo determinante para conocer si estamos ante un planteamiento filosófico o científico es el carácter crítico de los primeros es Elías Díaz¹², quien señala cómo cada una de las ramas -hasta cierto punto- tradicionales de la Filosofía del Derecho se construye como teoría crítica de alguna de las facetas del Derecho. De este modo, la Teoría del Derecho u ontología del Derecho, se desarrolla como “una teoría crítica de los sistemas de legalidad”, a su vez, la Teoría de la Justicia o axiología jurídica aparece como “una teoría crítica de los sistemas de legitimidad”. Así pues la “ontología jurídica” se ocupa de la crítica a los primeros sistemas enunciados -se entiende como “concepción trascendental crítica de los datos jurídicos de carácter positivo (derecho válido) y empírico (derecho eficaz), es decir de los resultados de la Ciencia y la Sociología del Derecho”- y la axiología jurídica de los segundos. La defensa del carácter crítico de la Filosofía del Derecho tiene sentido cuando se la contrapone a la dogmática jurídica caracterizada como aquel tipo de aproximación al estudio del

¹² DIAZ, E., “Legitimidad crítica y pluralismo ideológico”, *Anales de la Catedra de Francisco Suárez*, nº 15, citado, pp. 45-64, pg.50 -también en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 15-34-; ver asimismo *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Taurus, Madrid, 1986, pp. 253-255. También PRIETO, L., “Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 591-617, pg. 597 considera que la Filosofía del Derecho debe ser crítica con respecto a la dogmática. En sentido similar PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pg. 190: “la justificación de la Filosofía del Derecho se produce, por consiguiente, por la dimensión crítica que aporta, por la toma de posición que supone, o con el consiguiente distanciamiento, desde fuera, aunque partiendo de los conocimientos que suministra la Ciencia, respecto a la realidad empírica del Derecho, considerado como Ordenamiento Jurídico que organiza la vida social humana apoyando el Poder”. Según NINO, C.S., *Moral, Derecho y Política...*, op. cit., pg. 2., se trata de una perspectiva “ultraexterna”.

derecho que parte de la “aceptación dogmática de la fuerza obligatoria del derecho positivo” que se toma como referencia para justificar cualquier elemento innovador¹³.

Esta forma de ver la Filosofía del Derecho, como reflexión sobre el ‘deber ser’ aparece muy influenciada por N. Bobbio, quien establece la diferencia entre Filosofía y Ciencia en que “la ciencia es una *toma de posesión* de la realidad; la filosofía, *una toma de posición*, frente a la realidad”¹⁴. Sin embargo, en el momento en que Bobbio realiza esta distinción está excluyendo lo que aquí entendemos por Teoría del Derecho de la lista de temas de la Filosofía jurídica (precisamente Bobbio critica el afán positivista por convertir la Filosofía del Derecho en una Teoría General del Derecho vaciándola, así, de su función crítica¹⁵). Esta forma de entender la Filosofía del Derecho que presenta Bobbio y que en parte es asumida por los filósofos del Derecho españoles, niega la posibilidad de un ‘conocimiento filosófico’¹⁶ y pone en cuestión la utilidad de la disciplina para los juristas.

Ahora bien, con posterioridad¹⁷, se produce un cambio en la forma en que N. Bobbio concibe la disciplina. En este momento sí parece atribuir a la Filosofía una finalidad cognoscitiva y, en coherencia, le atribuye tres temas, Teoría del Derecho, Teoría del justicia y Teoría de la ciencia jurídica. Y será esta tripartición (en su momento haremos las oportunas matizaciones acerca de las relaciones entre Teoría del

¹³ NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, 5ª edición, Ariel, Barcelona, 1994, pg. 322-347 Y *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989. En la primera de las obras citadas afirma, “claro está que, a pesar de esta manifiesta actitud de adhesión dogmática hacia el derecho legislado, la dogmática jurídica cumple una importante función, ciertamente inconsecuente con ella: la de reformular ese derecho, proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos; de esta forma, la dogmática jurídica presta su más importante servicio a la administración de justicia. Sin embargo, la característica distintiva de la dogmática es que, al igual que en el caso de los jueces, esa función de reconstrucción del derecho se realiza, no en forma abierta, sino en forma encubierta, utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo, a veces misterioso, del derecho positivo”, pg. 326.

¹⁴ BOBBIO, N., “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho”, op. cit., pg. 88.

¹⁵ “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho”, op. cit., 73

¹⁶ Según esta concepción la Filosofía del Derecho debe ocuparse de asuntos distintos de los del Derecho positivo. Más bien su objeto lo constituye el ‘valor’ moral del Derecho, el deber ser y no el ser. Esto no tiene por qué significar que carezca de utilidad, si bien se aleja del estudio del Derecho positivo que constituye la actividad típica de una Facultad de Derecho, VILLA, V., *Conoscenza Giuridica e concetto di diritto positivo*, op. cit., pg. 135.

¹⁷ “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho”, op. cit., pg. 97.

Derecho y Teoría General del Derecho) la adoptada de forma mayoritaria por los filósofos del Derecho en España, aunque curiosamente se mantenga aquella descripción inicial de la filosofía como una disciplina crítica.

Más allá de esto y del carácter no meramente descriptivo de los análisis –que se sigue afirmando¹⁸- es difícil encontrar rasgos que nos sirvan para realizar consideraciones sobre el método filosófico jurídico en nuestros autores. Quizá ello se deba a que la Filosofía del Derecho es una filosofía de juristas antes que una filosofía aplicada. Se trata de abordar una serie de problemas que escapan al método dogmático/científico, de modo que la descripción de la Filosofía del Derecho se hace más bien en negativo: forman parte de la Filosofía del Derecho los estudios sobre el concepto, el valor o el método jurídicos que no son dogmáticos o científicos –y aquí científico puede hacer referencia a cualquier Ciencia que adopte por objeto lo jurídico-¹⁹. No obstante, esta manera de abordar el concepto de la Filosofía del Derecho²⁰ presenta el problema adicional –en el que nos detendremos con posterioridad- de diferenciarla de otras ‘filosofías’, problema que se agudiza cuando el objeto de estudio lo constituyen los derechos fundamentales que, como veremos, constituyen el punto de enlace por excelencia del Derecho, la Moral y la Política.

El problema de la distinción de la Filosofía y la Ciencia jurídica, aparece de modo especial cuando la Ciencia jurídica es dogmática o cuando se abandona el postulado de la neutralidad del conocimiento científico²¹. En ese momento deja de ser válida la idea

¹⁸ Aunque tampoco se acepta de modo general que la Ciencia jurídica es descriptiva, ahora como contrapuesta a ‘constructivista’. Ver VILLA, V., “La science juridique entre descriptivisme et constructivisme”, trad. del italiano por C. A. Brusa, *Théorie du Droit et Science*, dir. P. Amselek, P.U.F., Paris, 1994, pp.281-292.

¹⁹ Una combinación de ambos aspectos –el carácter crítico y la existencia de problemas específicos- la encontramos en ANSUÁTEGUI, F.J., “Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XII, 1995, pp. 175-194, pp. 181-189, considera que existen una serie de problemas propios de la Filosofía del Derecho en cada una de sus ramas –que son aquéllos que escapan a las distintas ciencias- y existe también un enfoque filosófico que se caracteriza por ser crítico.

²⁰ No se trata, parafraseando a BOBBIO, N., de ‘perder inútilmente’ el tiempo buscando una definición de la filosofía. “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho”, op. cit., pg. 91.

²¹ Sobre el tema, TROPER, M., “Entre ciencia y dogmática, la vía estrecha de la neutralidad”, *Théorie du Droit et Science*, op. cit., pp. 310-324, expresa una posición contradictoria con la de VILLA, V., *Conoscenza Giuridica e concetto de diritto positivo*, op. cit. Según el autor francés, lo característico de la Ciencia jurídica es que presenta un carácter de neutralidad al que es ajeno la dogmática jurídica y que es ‘conocimiento’, esto, es que “revele algo que no aparezca inmediatamente”, “Entre Ciencia y

conforme a la cual las aproximaciones científicas adquieren, frente a las filosóficas, una dimensión descriptiva. En lo que a la Teoría del Derecho se refiere, parece que una primera diferencia hay que situarla en el grado de generalidad de la aproximación al Derecho. De cualquier forma sí podemos identificar un grupo de problemas distintos a los que afectan a las distintas ramas jurídicas y que tienen que ver con el concepto de Derecho en el aspecto que M. Jori considera 'definición filosófica' del Derecho que veremos que para el autor se convierte en presupuesto del pensamiento jurídico²².

Las dificultades se presentan fundamentalmente cuando se trata de diferenciar la Teoría del Derecho de la Teoría General del Derecho. En España, la teoría 'general', es empresa de los filósofos del Derecho. Sobre su obra fundamentalmente recaerá nuestro estudio, aunque no se pueden olvidar las aportaciones que, con este carácter de generalidad, realizan autores que en su vida académica se sitúan en otras disciplinas. La distinción de la Teoría General del Derecho ha ocupado los estudios doctrinales; en mi opinión, sin embargo, no se hace en nuestro país una Teoría General del Derecho, verdaderamente general, distinta de la Teoría del Derecho²³. A mi entender, la cuestión adquiere relevancia en nuestro contexto a través precisamente de la incorporación del pensamiento de N. Bobbio²⁴. En los años cincuenta este autor se esfuerza por subrayar el carácter descriptivo -y, por tanto, científico- de la Teoría General del Derecho frente a la necesidad de que la Filosofía jurídica se ocupe del problema axiológico²⁵. Sin embargo, en los años sesenta²⁶, abandona estos planteamientos y la Teoría General

Dogmática...". op. cit., pg. 321, además (frente a las conclusiones realistas), si se trata de una ciencia específicamente jurídica, su objeto lo constituirá 'la descripción de las norma y las restricciones internas que determinan la producción de éstas'

²² JORI, M., *Saggi di Metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milán, 1985, pg. 264.

²³ Quizá la explicación esté en que no existen "asignaturas" diferentes. Ver PRIETO, L., "Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho", op. cit., pp. 591-617.

²⁴ Ya me referí a la enorme influencia de N. Bobbio sobre los teóricos del Derecho españoles. Influencia que lleva a PRIETO, L. a afirmar en 1994 que "no es exagerado decir que hace veinte años en España o no se elaboraba teoría del Derecho en ninguna de sus formas -y esto era lo más corriente- o se intentaba construir una teoría del Derecho siguiendo muy de cerca las huellas de Bobbio", "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la Teoría del Derecho de Norberto Bobbio", *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, ed. A. Llamas, B.O.E. -Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pp. 97-112, pg. 97.

²⁵ "Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho", *Contribución a la Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 73-90, pg. 88.

²⁶ Véase, en concreto, "Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho" (1962), *Contribución a la*

asume un carácter prescriptivo de modo que la distinción entre esta disciplina y la Teoría del Derecho desaparece, o, cuando menos, pierde relevancia²⁷.

El problema de la diferencia entre Teoría del Derecho y Teoría General del Derecho en el que se pone en cuestión la delimitación entre Ciencia y Filosofía suele resolverse, en nuestro ámbito, mediante una fórmula que queda resumida en la siguiente cita de M. Atienza, “la Teoría General del Derecho se ocupa también materialmente con la elaboración de aquellos conceptos jurídicos fundamentales comunes a la Ciencia del Derecho positivo en sus distintas ramas, bien tomando como base determinado ordenamiento jurídico vigente, bien apoyándose en la consideración comparativa de diversos ordenamientos. Pero los conceptos así elaborados valen como conceptos «generales» sustentados en una base empírica más o menos amplia, estando ausente la preocupación por fundamentar su validez natural mediante una consideración trascendental del tipo de la que hemos señalado como característica de la Filosofía del Derecho. Por el contrario, cuando la Teoría General del Derecho se presenta como teoría de la estructura conceptual de todo Derecho posible, entonces estamos ante una verdadera Filosofía del Derecho aunque se trate de una Filosofía del Derecho *sui generis* que no quiere reconocerse como tal”²⁸.

Teoría del Derecho, op. cit., pp. 91-101.

²⁷ DIAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., pg. 251: “en su trabajo de 1962 sobre el tema explícito de “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho”, señala Bobbio como contenido de aquélla: en primer lugar, la teoría de la justicia, siempre tema central y, asimismo, la teoría de la ciencia jurídica (que en el esquema de 1950, anteriormente resumido, se comprendía en la metodología jurídica); pero la novedad fundamental consiste en la incorporación, junto a esos dos temas, de una teoría del Derecho, que se ve ahora, por tanto, como sector de la Filosofía jurídica y no, como ocurría con anterioridad, como una estrictamente científica teoría general del Derecho”; en términos similares, BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Giuffrè, Milán, 1991. TARELLO, G., tampoco se muestra partidario de la distinción entre Teoría del Derecho y Teoría General del Derecho. La Teoría del Derecho es una disciplina filosófica, según este autor, porque constituye una “metateoría” de las “teorías jurídicas”, esto es, su trabajo se desarrolla sobre las teorías científicas del Derecho, “Sulla teoria (generale) del diritto”, *Cultura giuridica e politica del diritto*, op. cit., pp. 391-399, pg. 398. Asimismo, PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 182-186. Por su parte, FERNÁNDEZ, E., “La Filosofía del Derecho”, *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, pp. 15-31, pg. 25, pese a reconocer la posibilidad de establecer una distinción señala que ésta no es “muy tajante”. En contra de la identificación de ambas disciplinas se expresa ROBLES, G., en la “Introducción” a *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, pg. 23, “no parece muy adecuado identificar la denominación “teoría del derecho” con la de “teoría general del derecho” como hace recientemente Dreier; a pesar de que puedan parecer sinónimas el contexto intelectual en que han surgido es muy diferente”.

²⁸ Ver ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1989, pg. 370. Y en sentido

La Teoría del Derecho española que se desarrolla al margen de la 'ideología oficial' y que se convierte en mayoritaria desde la transición, es deudora, pues, de las influencias de N. Bobbio²⁹; veremos que la delimitación temática de la disciplina

similar, DELGADO PINTO, J., "Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad", *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, nº15, op. cit., pp. 25-43, pp. 33. Ver también GASCÓN, M., "Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº X, 1993, pp. 191-222, pg. 205, quien se plantea si tiene algún sentido la existencia de una teoría filosófica junto a una teoría científica para llegar a la conclusión que la discusión pierde relevancia desde el momento en que, como he tenido ocasión de señalar, no es posible trazar una frontera entre Filosofía y Ciencia y es mejor hablar de enfoques o problemas filosóficos, a su modo de ver, "la teoría del Derecho pretende ofrecer un modelo explicativo de la experiencia jurídica; un modelo que no es «a priori» en el sentido de ajeno a la experiencia, pero cuyos conceptos, en cuanto pretenden justamente ordenar esa experiencia, no son absolutamente fiduciarios de la misma" (pg. 209). VILLA, V., que considera tanto la Teoría General cuanto la Teoría del Derecho como disciplinas de Ciencia jurídica, sitúa la diferencia en el grado de generalidad del respectivo ámbito de referencia; en relación con la primera se trata de un Ordenamiento individualizado, la segunda realiza consideraciones a partir de conjuntos de Ordenamientos, *Conosceza giuridica e concetto di diritto positivo*, op. cit., pg. pp- 285-286, así, 'el campo de referencia de las principales teorías jurídicas contemporáneas...(Kelsen, Hart, Ross, ecc.,) está constituido por las experiencias jurídicas occidentales, sea en la versión del derecho codificado, sea en la versión del *case law*' (pg. 286)

²⁹ Ver el colectivo, ya citado, *Figura y pensamiento de N. Bobbio*, y, en concreto, el trabajo también citado de LUCAS, J. de, "La influencia de Bobbio en España" en el que se desarrolla una investigación "bibliométrica" sobre las repercusiones de N. Bobbio en la Filosofía jurídica española. Si bien hasta los sesenta no existen referencias españolas a la obra del profesor italiano (J. de Lucas encuentra coincidencias incidentales), en esta década comienza el proceso de incorporación que culminará en los setenta con el "impacto decisivo de la obra de Bobbio" sobre los autores alrededor de los cuales se desarrollará de forma principal la 'Filosofía del Derecho de la transición': "el punto de inflexión comúnmente reconocido, lo constituye la publicación del manual de Elías Díaz en 1971, y ello por varias razones: en primer lugar, por las propias características del trabajo que, en gran medida, es un diálogo con los puntos de vista de Bobbio y se alinea en una concepción del positivismo jurídico próxima a la suya, aunque no sin discrepancias, lo que, desde luego, constituye una novedad en el ámbito de la Filosofía jurídica española; además, porque en torno a ese manual y, sobre todo, en torno a Elías Díaz (y luego, a G. Peces-Barba), se forma un grupo de estudiosos de filosofía jurídica y política en los que la presencia de la obra de Bobbio (no asumida como la figura canónica, sino como interlocutor; eso sí, privilegiado) resultará decisiva y a cuya significación no será ajena su presencia -en los tres casos habría que hablar mejor de su indudable influencia sobre quienes toman la iniciativa en la fundación- en tres revistas de indudable relevancia para la filosofía jurídica y política española que aparecerán en las dos décadas siguientes, *Sistema* (1973), *Anuario de derechos humanos* (1981) y *Doxa* (1984)" (pg. 270) a partir de los setenta y "como consecuencia de la influencia de Bobbio (no sólo por ella, desde luego, pero tampoco sin ella), se produce un cambio en los trabajos de Filosofía del Derecho que se refleja en la orientación, en la investigación y en la producción científica de los equipos de trabajo vinculados con estos profesores, y en los que el interés por la repercusión de las tesis de la filosofía analítica en el ámbito del Derecho y por su diálogo con las tesis de la filosofía dialéctica es activado de esa manera" (pg. 273). También en esta década, en opinión de J. de Lucas, influye Bobbio en el proceso constituyente a través de los trabajos y la actividad política de -una vez más- E. Díaz y G. Peces-Barba.

Desde los ochenta, continúa la difusión de los trabajos de Bobbio en España contribuyendo a que la Filosofía del Derecho española siga el ritmo de la internacional: "la evolución de las investigaciones y de los núcleos de interés del trabajo científico de Bobbio siguen el curso de la dinámica experimentada en la filosofía jurídica y política contemporánea, y eso ha permitido también que la española no quedase aislada del curso de la evolución en la comunidad científica internacional" (pg. 277). En los últimos años entiendo que conviene relativizar la influencia.

tampoco será ajena al desarrollo de su obra. Todavía en 1962, el profesor de Turín realiza una lista de temas desde la perspectiva de una Teoría formal del Derecho. Así, considera que ésta debe identificarse con la Teoría del ordenamiento jurídico e incluir seis partes principales : “1) composición (concepto de norma y distintos tipos de normas); 2) formación (teoría de las fuentes del Derecho); 3) unidad (validez y norma fundamental); 4) plenitud (lagunas y su integración); 5) coherencia (antinomias y su eliminación); 6) relaciones entre ordenamientos (relaciones espaciales, temporales y materiales)”³⁰.

Sin embargo, en los setenta, la Teoría del Derecho de N. Bobbio adquiere un nuevo sesgo. Se habla de una ‘fase funcionalista’³¹, y, en lo que aquí interesa, supone una preocupación por aspectos que van más allá de lo formal que encuentra eco en España. G. Peces-Barba, en este sentido, afirma la necesidad de completar la definición “formal de Bobbio” que aquí he reproducido, de forma que la Teoría del Derecho tenga en cuenta elementos materiales³²; además, señala el profesor Peces-Barba, “una Teoría del Derecho hoy no puede justificarse si no aborda también el concepto del Derecho desde un punto de vista más complejo que podríamos llamar estructural-funcional”³³.

De este modo, el autor citado, señala como objeto de la Teoría del Derecho “el

³⁰ “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho”, op. cit., pg. 98.

³¹ BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio Metateorico del diritto*, op. cit., pg. 253, caracteriza esta fase como sigue: “el punto de llegada de la fase funcionalista y de la total reflexión metateórica bobbiana no es pues el abandono de la teoría estructural como estudio de la modalidad de funcionamiento del derecho, es más bien la propuesta y, en parte, la realización de una teoría del derecho, siempre vuelta a investigar la modalidad de funcionamiento, que no renuncia a la finalidad prescriptiva ya en el 67 declarada por Bobbio irrenunciable para la teoría del derecho, pero lo hace a partir de presupuestos ideológico-políticos en parte distintos de aquéllos individualizados en la base de la teoría del derecho de Kelsen. Los presupuestos en cuestión son los propios de la ideología política liberal-socialista”.

³² *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pg. 103, “este enfoque de Bobbio parece razonable y comprensivo de todos los elementos formales necesarios pero el concepto de Derecho, desde el Ordenamiento Jurídico, debe también tener en cuenta, como reiteradamente hemos afirmado, la realidad de la vida social humana regulada por las normas -es decir, el contenido material de las normas- y el hecho del Poder, fundamento último de validez del Ordenamiento. Así, en el esquema de Bobbio, el primer problema podrá ser tratado en la primera parte sobre la composición del Ordenamiento, mientras que el segundo problema puede ser tratado en la tercera parte sobre la Unidad del Ordenamiento; validez y norma fundamental” (pg. 203).

³³ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pg. 104. Sobre la insuficiencia de una Teoría del Derecho meramente formal ver también FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, pg. 28.

establecimiento del concepto del Derecho”³⁴, tarea que supone “tratar al menos los siguientes problemas: 1) Crítica de la dogmática; 2) Relaciones entre Derecho y Poder: el fundamento último de la validez del Derecho; 3) El contenido material del Derecho; la ordenación de la vida social humana, 4) El Derecho como Ordenamiento; 5) Estructura y función del Derecho; 6) Conceptos fundamentales del Derecho; 7) Distinción de otras materias afines”³⁵. La Teoría del Derecho ya no es sólo una disciplina formal.

El interés por las funciones del Derecho en la Teoría jurídica es, pues, relativamente reciente. *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*³⁶, es una recopilación de artículos de N. Bobbio cuyo hilo temático consiste en mostrar “hasta qué punto había prevalecido hasta entonces en la teoría general del Derecho el punto de vista estructural sobre el funcional” y cómo desde los años setenta aparece una “línea de tendencia contraria... desde el estructuralismo al funcionalismo”³⁷.

A lo largo del trabajo de N. Bobbio abundan los ejemplos que avalan el cambio de orientación. Según el profesor italiano, la mutación en la Teoría jurídica, se produce al hilo de la transición del Estado liberal de Derecho al Estado social. A grandes rasgos,

³⁴ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pg. 265.

³⁵ Sendas críticas al concepto de Teoría del Derecho vinculado al positivismo que aquí presenta PECES-BARBA, G., se encuentran en SOPER, Ph. *Una Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 y NINO, C.S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit. Ambos vienen a coincidir en que una teoría del derecho que pretenda ser “útil” debe ser capaz de suministrar a los jueces criterios de decisión en casos difíciles, y, para ello, no puede olvidar las conexiones del Derecho con la moral y con la política. En concreto, SOPER, Ph., denuncia la incapacidad -debida a los temas y al contenido- de la teoría del derecho positivista para distinguir un sistema jurídico de las normas de una banda de delincuentes, en definitiva por su incapacidad para definir el Derecho, “un sistema jurídico es más que un conjunto de normas efectivamente garantizadas y aceptadas voluntariamente por los funcionarios e impuestas sumariamente sobre los sujetos” (la crítica al positivismo, como la de DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, adopta como modelo de teoría del derecho positivista la posición de H.L.A. HART) “se requiere, al menos, el vínculo recíproco entre gobernantes y gobernados, lo que es implicado por la defensa de buena fe de que el sistema se encuentra establecido en interés de todos” (pg. 96). Frente a la crítica de ALEXY, R., al positivismo jurídico, la objeción de Soper en el fragmento citado no abandona la perspectiva “descriptiva”. También coinciden NINO, C.S. y SOPER, Ph., en la imposibilidad de separar la Teoría del Derecho de la Teoría política, esta idea ya está presente en la cita del profesor Peces-Barba. De cualquier forma, las puntualizaciones de Nino y Soper, indican ya un problema que reaparecerá a lo largo de mi exposición como la dificultad de trazar unos límites precisos entre la Teoría del Derecho y los dominios de lo que aquí conocemos como Teoría de la Justicia.

³⁶ Edizioni di Comunità, Milan, 1977.

³⁷ Citado por “El análisis funcional del Derecho; tendencias y problemas”, *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 255-277.

podemos resumir la explicación que Bobbio da a la preponderancia del método estructural diciendo que en las filosofías políticas predominantes durante la primera mitad del siglo -la liberal y la socialista-, el Derecho aparecía como un instrumento al servicio del desempeño de las funciones del Estado -seguridad en el primer caso, los intereses de la clase dominante en el segundo-. Lo característico del Derecho no era su fin, sino su estructura, y tanto en el liberalismo cuanto en el socialismo en sus versiones más extremas estaba llamado a desaparecer -por minimización o desaparición del Estado, respectivamente-.

Sin embargo, continúa explicando N. Bobbio, y frente a esas predicciones teóricas, lo que sucede en la práctica es que el Estado incrementa y diversifica sus funciones. Y en la medida en que las nuevas funciones continúan realizándose a través del Derecho, también suscitarán su mutación estructural. Todo el proceso pone en cuestión lo que Bobbio considera las “cuatro verdades” de la concepción de las funciones del Derecho mantenida hasta ese momento y que hacía irrelevante ese análisis. En efecto, detrás de la irrelevancia de “las funciones del Derecho” para la Teoría del Derecho, está la no problematización de los siguientes postulados: a) el Derecho desempeña alguna función, esto es, revierte alguna utilidad; b) la función del Derecho es positiva (es una eu-función); c) el Derecho sirve para regular los comportamientos facilitando así el control social; d) las funciones del Derecho se ejercitan a través de normas cuyo incumplimiento acarrea un castigo para el responsable³⁸.

Pues bien, en ese proceso, a) deja de ser un dogma, puesto que aunque por un lado el Derecho asume más funciones -a través, como decía, de las nuevas funciones encomendadas al Estado-, por otro, pierde importancia la función tradicional (de regulación y control social), con lo que se entra a discutir si realmente el Derecho ‘sirve para algo’. Por su parte b) es cuestionada porque además de hablar de función positiva y por influencia de una revisión metodológica común a las ciencias sociales, aparece el discurso sobre las funciones negativas y disfunciones del Derecho³⁹. En c) deja de ser

³⁸ BOBBIO, N., “El análisis funcional del Derecho...”, op. cit., pg. 260.

³⁹Tiene que ver con las críticas al funcionalismo absoluto y al concepto organicista de función que veremos a continuación y que lo descalifican para el análisis del Derecho.

lugar común hablar de función de regulación y de control y aparece la polémica sobre las funciones que tiene y deja de tener el Derecho. En lo que respecta a d), la asunción de nuevas funciones conlleva un cambio “estructural” del Derecho; hasta ese momento la estructura jurídica era la misma cualquiera que fuera la función encomendada, desde entonces, el “funcionamiento” puede ser diferente dependiendo de la función a que se ordene en un determinado momento.

El creciente interés por las funciones del Derecho aparece ligado al desarrollo de la Sociología del Derecho. Sin embargo, N. Bobbio se esfuerza por subrayar que la atención al “nuevo” problema también procede de la Teoría del Derecho que, según el autor, rompe así con su propia tradición. Veremos que este fenómeno también se produce en la Teoría del Derecho española desde los años setenta y es particularmente intenso en la Teoría de los derechos. Ello supone que la teoría jurídica de los derechos fundamentales en España nazca como teoría “funcional” más que como teoría estructural, pero como “teoría funcional” en un sentido específico que no es el de “teoría sociológica”.

Ciertamente la Sociología del Derecho se ha interesado por las funciones como efectos producidos de hecho por el Derecho en su conjunto o alguna norma o institución. Sin embargo, en la teoría del Derecho el análisis de las funciones del Derecho ha sido predominantemente un análisis del “funcionamiento” del Derecho, de modo que puede llegar a afirmarse que ha desembocado de forma casi inevitable en un análisis “estructural”⁴⁰.

En cualquier caso, para sostener la afirmación de que en la teoría española de los derechos es la función la que los individualiza, resulta conveniente aclarar el sentido de “funciones del derecho” a que se está haciendo referencia. A propósito, traeré a colación una propuesta de L. Gianformaggio, quien partiendo de las críticas que realiza

⁴⁰ FROSINI, V., “Neostrutturalismo e dialettica funzionale del Diritto”, *Sociologia del diritto*, nº1, 1980, pp. 11-23, FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, trad. J. de Lucas y M.J. Añón, Debate, Madrid, 1989, y “L’Analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici”, *Sociologia del diritto*, nº 1, 1980, pp. 43-70. A propósito, GIANFORMAGGIO, L., “Funzione o tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione”, *Sociologia del Diritto*, nº1, 1980, pp. 71-91, afirma que con el cambio de orientación ha devenido “problema” el propio discurso “funcional” del teórico del Derecho.

a *Dalla struttura alla funzione*, de N. Bobbio⁴¹ afirma la necesidad de desglosar el significado de ‘funciones del Derecho’ antes de pronunciarse sobre la legitimidad de hablar de una ‘teoría funcional del Derecho’.

Esta autora considera que las dificultades para saber a qué nos referimos cuando hablamos de funciones del Derecho afectan, por supuesto, a la noción de función y al concepto de Derecho, pero también, y esto dota de originalidad a su estudio, al *del*.

La función aparece como categoría básica del análisis funcional. Este tipo de análisis ha tenido lugar en las Ciencias sociales por influencia de la Cibernética y de la Biología orgánica⁴². Sin embargo, los autores que aplican el método funcional no cuentan con un concepto unívoco de “función”. Los distintos sentidos se corresponden con otros tantos modelos de análisis funcional cuya única nota común es utilizar la categoría de “función” en explicaciones “no psicológicas” ni históricas⁴³. En general, podemos distinguir hasta cinco significados⁴⁴ de este término: función como

⁴¹ La recopilación de N. Bobbio constituye un hito, porque además de referirse al cambio de orientación de una teoría del Derecho hasta entonces «estructuralista», provoca una multiplicación de los estudios de Teoría del Derecho a los que el autor atribuye la preocupación por las funciones o cuyo objeto lo constituye la investigación del lugar de las funciones en autores del pasado, GIANFORMAGGIO, L., “Funzione o tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione”, op. cit., pg. 72.

⁴² Ver LUHMANN, N., Y FERRARI, V., Voz “Función”, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, L.G.D.J., Paris, 1988, pp. 160-161. También NAGEL, E., *La estructura de la Ciencia*, trad. N. Mínguez y G. Himosky, Paidós, Barcelona, 1989, pp. 468-481. Y HABERMAS, J., “Discusión con Niklas Luhmann (1971) ¿Teoría sistémica de la sociedad o teoría crítica de la sociedad?”, *La lógica de las ciencias sociales*, trad. M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 307-420, pg. 312.

⁴³ Ver NAGEL, E., *La estructura de la Ciencia*, op. cit., pg. 468. La aproximación funcional tal y como la caracteriza Nagel, coincide en sus intereses con la “modelización sistémica”, esta representa un método que se contrapone a la “modelización analítica”. Ver ARNAUD, J.A., Y FARIÑAS DULCE, M.J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1996, pg. 242. El análisis sistémico es atractivo para el estudio del Derecho, pero el Derecho según lo entendemos habitualmente no es un “sistema”, sino -en palabras de ARNAUD, J.A., “Paradigmas emergentes”, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, trad. R. Escudero, op. cit., pp. 154-328-un “conjunto sistémico”, veremos esto con más detenimiento.

⁴⁴ Si bien NAGEL, E., *La estructura de la Ciencia*, op. cit., pp. 470-473, habla de seis: como relación, como funcionamiento, como actividad definitoria del “todo”, como utilidad, como efecto y como “contribución al mantenimiento de una característica o contribución determinada de un sistema al cual ese elemento pertenece” (pg. 43); creo que lo que Nagel considera función como actividad definitoria del “todo” y la sexta de sus acepciones, pueden incluirse en función como contribución de la parte al todo; por lo demás, seguiré la descripción ya clásica que este autor hace de los distintos usos. SARTORI, *Elementos de Teoría Política*, trad. de M^a Luz Morán, Alianza, Madrid, 1992, en lo relativo a la aplicación del análisis funcional a las instituciones políticas, se refiere a relación, actividad y efecto. FERRARI, V., toma una distinción de P. Achinstein en la que el autor hace referencia a tres campos conceptuales de “análisis funcional”; en opinión del autor italiano, la fórmula propuesta por P. Achinstein contribuye a



contribución de la parte al todo, función como relación, función como efecto, función como fin y función como actividad.

Una primera gran diferencia cabría establecerla entre “función como contribución de la parte al todo” y “función como relación”. Son éstos los dos significados prevalentes y, hasta cierto punto, contrapuestos. Si bien la distinción puede perder relevancia en la práctica si estamos hablando del análisis funcional aplicado a “organismos” o “artificios”, resulta de la mayor utilidad en lo que al estudio de los fenómenos sociales respecta⁴⁵; y ello porque la primera de las acepciones se corresponde con un tipo de análisis que en Ciencias sociales se vincula con una teoría funcionalista no siempre explicitada y que se critica desde diversos frentes.

Asimismo, las acepciones de función como efecto y como fin, pueden entenderse como variantes del análisis funcional formal al que más adelante me referiré. En cualquier caso, estos análisis funcionales, se desarrollan como métodos sociológicos; mientras que las aproximaciones desde “función” como actividad no tienen por qué formar parte de un análisis de este tipo.

Desde la idea de función como contribución de la parte al mantenimiento del todo, se entiende por tal “todo lo que sirve para el mantenimiento de una estabilidad”⁴⁶. Supone aplicar un método propio de la Biología a las Ciencias sociales, con lo que se establece un paralelismo entre la sociedad y los organismos vivos⁴⁷. La metáfora presupone una serie de postulados difíciles de aceptar: todos los elementos principales

poner orden en la “eterna cuestión de la polisemia del término “función” mediante la separación de tres tipos de doctrinas a las que puede adscribirse el análisis funcional: una “doctrina de las consecuencias positivas”, una “doctrina de la finalidad” y una “doctrina de la explicación”. En FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, op. cit. Ver también BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio Metateorico del diritto*, op. cit.

⁴⁵ Ver FERRARI, V., “L’analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici”, op. cit., pg. 46 y “Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione”, *Sociologia del diritto*, n°1, 1984, pp.37-55.

⁴⁶ LUHMANN, N., Y FERRARI, V., Voz “Función”, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, op. cit, pp. 160-161.

⁴⁷ Según FARIÑAS DULCE, M.J., “Paradigmas fundadores”, en ARNAUD, A.J., y FARIÑAS, M.J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pg. 126, el concepto que nos ocupa parte del paradigma biológico-organicista, “esta paradigma utiliza el paralelismo con un *organismo vivo*, como, por ejemplo, el cuerpo humano, para explicar el funcionamiento de la sociedad. Al igual que el cuerpo humano está formado de diferentes órganos cada uno de los cuales realiza una función considerada indispensable para la existencia de aquél, también el sistema social está formado por diferentes elementos...los cuales contribuyen al funcionamiento y mantenimiento global del sistema”.

contribuyen a la subsistencia del sistema social (a través de la integración o la adaptación que serían, por tanto, las funciones básicas), estos elementos sociales se explican por sus consecuencias, consecuencias que deben ser beneficiosas y necesarias⁴⁸.

La delimitación de estos presupuestos en organismos vivos no supone mayor problema, pero su determinación empírica ha resultado imposible en lo relativo a sistemas sociales⁴⁹. Son los análisis propios del 'funcionalismo' que, ahora sí, frente al 'análisis funcional', supone más que una metodología una teoría social por fuerza conservadora⁵⁰. Según M.J. Fariñas "la concepción funcionalista de la sociedad elaboró

⁴⁸ LEVY, M.J. Y CANCIAN, F. M., Voz "Análisis funcional", *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por David L. Sills, edición española de Aguilar, Madrid, 1979.

⁴⁹ En palabras de NAGEL, E., *La estructura de la Ciencia*, op. cit., pg. 474. : "en las explicaciones funcionales en biología, los sistemas comúnmente estudiados son organismos individuales; y los estados de sistemas considerados incluyen, entre otros, la supervivencia del organismo (es decir, la condición de ser un organismo *viviente*), ciertas actividades características de un órgano, la temperatura interna del organismo, o el estado químico de algún fluido interno, como la sangre. Habitualmente no hay ninguna dificultad en biología para especificar qué es un organismo individual. Además, se reconoce generalmente que una serie de actividades de fácil identificación realizadas por los organismos (a saber, la "funciones vitales" como la respiración y la asimilación) constituyen los atributos definitorios de estar vivo. Análogamente, es posible establecer sin muchos inconvenientes definiciones adecuadas de órganos particulares, de sus actividades características y de otros estados de los organismos que pueden ser temas de investigación... En estos aspectos, la situación es notoriamente diferente en las ciencias sociales... Al igual que en biología a menudo es posible en la investigación social indicar sin ambigüedad los sistemas que van a ser investigados, con relativa facilidad en las sociedades primitivas, aunque con creciente dificultad para las más industrializadas. En cambio, con respecto a la condición de supervivencia de una sociedad, no hay nada en este dominio que sea comparable con las «funciones vitales» reconocidas generalmente en biología como atributos definitorios de los organismos vivientes. Las sociedades no mueren, literalmente, aunque sin duda una sociedad puede desaparecer debido a que todos los seres humanos que la componen mueran sin dejar herederos o se dispersen definitivamente. Por ello, no es fácil establecer un criterio de supervivencia social que sea fructífero y no puramente arbitrario". En sentido similar, HABERMAS, J., "Discusión con Niklas Luhmann...", op. cit., pg. 314. "La aplicación 'empírico-analítica' de los modelos cibernéticos depende del cumplimiento de dos condiciones metodológicas: 1.- El sistema ha de poder deslindarse unívocamente frente a su entorno (identificación de los límites del sistema); 2.- Los valores-meta que definen el estado meta del sistema en un espacio de tiempo especificable han de poder determinarse empíricamente (identificación del estado meta). Sólo entonces puede el patrimonio sistémico ser aprehendido empíricamente". En el mismo sentido, FERRARI, V., considera la noción de "equilibrio de un sistema social" dependiente de las preferencias del sujeto que opera e influye sobre el sistema: "El equilibrio de un sistema social...es siempre y por definición un concepto relativo a la preferencia de todo sujeto que opera en el sistema o que influye en él", "Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione", op. cit., pg. 43. Y FARIÑAS, M.J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pg. 126: "para saber cuáles deben ser las «funciones» o las aportaciones de cada «parte» a la totalidad del sistema, se definen a priori las necesidades o las exigencias del propio sistema social y de sus subsistemas, o lo que se denomina -según expresión parsoniana- «los componentes del punto de equilibrio del sistema»".

⁵⁰ FERRARI, V., "Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione...", op. cit., considera este tipo como "funcionalismo absoluto" frente al "funcionalismo relativo". Ver en este mismo artículo y en

un concepto “ideal” y “abstracto” de sistema social, sin ningún referente empírico. Esto implicó una definición *a priori* de la forma estructural del sistema social, así como, de los componentes del “mítico” punto de equilibrio del mismo. Además esta definición apriorística no es neutral sino interesadamente ideológica; ya que, sin un referente ideológico previo, es imposible definir *a priori* el punto óptimo y objetivo del equilibrio social, así como los requisitos funcionales del mismo. Sin ningún referente empírico y sin realizar ningún análisis empírico de los elementos del sistema, los autores funcionalistas atribuyen a aquéllos unas funciones “objetivas”, que todo sistema social necesita. Y, además, la identificación apriorística y teórica de las funciones del sistema, implicaba también su legitimación y su justificación⁵¹. Para este tipo de teorías, la existencia del sistema se debe a una “fuerza de cohesión determinada por una tendencia natural ... a permanecer precisamente, unido y cohesionado”⁵².

Por su parte, el análisis funcional que adopta el concepto de función como relación se fija precisamente en las relaciones entre distintas ‘estructuras’ o elementos de forma que podemos decir que un elemento y es función de x cuando se establece una

HABERMAS, J., “Discusión con Niklas Luhmann...”, op. cit., la crítica a este tipo de funcionalismo en el que ambos incluyen a N. Luhmann, pese a los declarados esfuerzos que este otro autor realiza por apartarse.

⁵¹ *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pg. 144.

⁵² FERRARI, V., “Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione”, op. cit, pg. 44. FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, op. cit., considera errónea por definición la incompatibilidad entre el “conflictualismo” y el “análisis funcional” como metodología de las Ciencias sociales. El método funcional puede servir a una teoría conflictualista que, ahora sí, no puede conjugarse con el “integracionismo”. BOBBIO, N., “El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas”, op. cit., pp. 255-277, pg. 262: “una cosa es el funcionalismo, que es una teoría global de la sociedad..., y otra el análisis funcional de una institución que puede perfectamente prescindir de esa especie de filosofía social que es el funcionalismo y que no es en absoluto incompatible con un análisis crítico de la institución fundado precisamente en la mayor o menor utilidad social de la función que esa institución cumple. Mientras que el análisis funcional puede ignorar al funcionalismo, una teoría crítica de la sociedad, por la que entiendo cualquier teoría que se plantee el problema de ver no sólo cómo funciona una sociedad, sino también cómo no funciona o cómo debería funcionar, no puede ignorar el análisis funcional porque la crítica de una institución comienza precisamente por la crítica de su función, es decir, por la consideración de su eventual función ‘negativa’”. Por consiguiente, la descalificación del “integracionismo” como teoría social, no supone la descalificación del análisis funcional. Han aplicado este método en Ciencias sociales autores como M. Lévy y Radcliffe-Brown. Y pueden encontrarse referencias al Derecho en Bredemeier (integracionista), Parsons (integracionista), y Luhmann que es calificado de ‘neointegracionista’ ya que rechaza el integracionismo, pero, en su intento de esquivar el conflictualismo no consigue contruir una teoría de sistemas ajena a aquél. HABERMAS, J., “Discusión con Niklas Luhmann...” y FERRARI, V., “Brevi osservazioni su funzionalismo e legittimazione”, citadas.

relación de dependencia de y con respecto a x ⁵³. Se puede afirmar que esta noción ha dado lugar en Ciencias sociales a los llamados análisis funcionales formales.

El ‘funcionalismo formal’⁵⁴ consiste en el intento de construir modelos que describan cómo están estructuradas las unidades de un sistema para mantenerse mutuamente o mantener algún otro rasgo del sistema. No presupone la estabilidad (frente a otros enfoques) y los fenómenos se explican por sus causas y no por sus consecuencias como sucedía con el análisis funcional descrito en el apartado anterior, de modo que esquivaba la dificultad que presenta para las ciencias sociales la determinación de cuáles sean las funciones indispensables para el mantenimiento del sistema o del rasgo del sistema en cuestión. Así pues, una explicación sobre la base de las consecuencias sería la que diese cuenta de la frustración y la afectividad por su contribución a la violencia. El análisis funcional formal, por el contrario, explica la violencia por la presencia de frustración y de afectividad.

E. Nagel describe el sistema funcional que utiliza este tipo de análisis como un modelo que se sirve de dos tipos de variables: la *propiedad del sistema* (que sería la situación a analizar, por ejemplo la violencia entre los miembros de un grupo), y las *coordenadas de estado* (que serían los elementos de cuya relación depende la propiedad, por ejemplo la frustración y el grado de afecto)⁵⁵.

Según el autor citado, pueden identificarse tres tipos de límites que afectan al modelo: la realidad física, los límites determinados por la realidad del sistema que se considera, y los límites más allá de los cuales es imposible la compensación. La transgresión de estos límites conlleva la invalidación del análisis.

En la aplicación de este tipo de análisis a las Ciencias sociales, es necesario tener

⁵³ “El término “función”, tal y como se utiliza en las ciencias sociales, puede significar...la relación de dependencia o interdependencia entre dos o más factores variables (sentido matemático)”, ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, op. cit. Se expresaría como $y=f(x)$. Ver al respecto LUHMANN, N., “Voz Función”, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, op. cit., pp. 160-161.

⁵⁴ LEVY, M.J. y CANCIAN, F.M., Voz “Análisis funcional”, *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, edición española en Aguilar, Madrid, 1979, pp. 305-316

⁵⁵ LEVY, M.J. y CANCIAN, F.M., Voz “Análisis funcional”, op. cit., pg. 313, los valores de las coordenadas de estado varían hasta el punto en que queda amenazado el mantenimiento de la propiedad, pero cuando una supera los límites de seguridad de la propiedad, otra u otras varían de tal modo que se compensan y la propiedad se mantiene.

en cuenta los dos siguientes datos⁵⁶:

1. Que una variable puede desempeñar distintas funciones según el estado o sistema de referencia, de forma que un elemento puede ser funcional para ciertos sistemas y disfuncional para otros.

2. La distinción entre función y variable. Una misma función puede ser desempeñada por distintas variables.

En este uso función es compatible con su traducción como efecto y como fin. De este modo, desde el análisis funcional formal, puede decirse que la propiedad del sistema aparece en “función” (léase, relación de dependencia) de las variables cuya “función” (léase, fin o efecto) es, a su vez, el mantenimiento de la propiedad. En el primer caso, las variaciones en la violencia son el efecto producido por variaciones en el grado de frustración y de afecto; en el segundo, el efecto es intencionalmente perseguido: las variaciones en la violencia se producen por modificaciones en la frustración y el afecto encaminadas a tal fin.

En la acepción de función como efecto, el término es descrito por E. Nagel como aquel que se utiliza para “designar un conjunto más o menos vasto de consecuencias que una cosa o actividad determinada tiene para ‘el sistema como un todo’ al cual dicha cosa o actividad supuestamente pertenece, o para otras cosas pertenecientes al sistema”. Se trata de consecuencias no perseguidas, no tienen por qué revestir ninguna utilidad e incluso pueden ser desfavorables al mantenimiento del sistema⁵⁷. Esta idea de función se asocia a un tipo de análisis funcional ‘objetivista’, que se contrapone al ‘subjektivista’, en el sentido de que es independiente de la orientación del sujeto. Es común en ambos, no obstante, entender por función la ‘tarea que realiza la parte’ en relación con el todo⁵⁸.

V. Ferrari considera rechazable, por los riesgos de aproximación al funcionalismo absoluto, el análisis funcional objetivista (por consiguiente, prefiere aplicar el método

⁵⁶ NAGEL, E., *La estructura de la Ciencia.*, op. cit., pg. 409. Considera este autor que el olvido de este último punto ha supuesto la confusión entre el plano descriptivo y prescriptivo en lo que a política social se refiere con la consiguiente “acusación de que un enfoque funcional en las Ciencias sociales, está necesariamente comprometido con los valores implicados en el *status quo social*”.

⁵⁷ *La estructura de la Ciencia*, op. cit., pg. 473.

⁵⁸ Voz “Función”, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, op. cit..

subjetivista al estudio del Derecho). No es esta la opinión de E. Nagel⁵⁹ quien, a mi modo de ver de forma más acertada, aprecia la posibilidad de que el análisis funcional formal venga referido en las Ciencias sociales tanto a efectos intencionales (fines, usos) cuanto a efectos no necesariamente queridos ni perseguidos⁶⁰.

Si hablamos de función como fin, el término es equivalente a “uso generalmente reconocido a una cosa o efecto esperado normalmente de una acción”⁶¹. Esta acepción se corresponde con el análisis socio-funcional subjetivista⁶². Es el sentido utilizado por V. Ferrari⁶³; “por función de un elemento que opera en (o sobre) un sistema entendemos,...la tarea o el conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuibles con carácter primario a aquel elemento por el sujeto que actúa mediante ellos en el sistema”⁶⁴. Es importante para este autor diferenciar función en esta acepción de la que aparece como ‘medio’, ‘actividad’ o ‘funcionamiento’; el análisis funcional en el que ‘función’ es fin, es el tipo de análisis que V. Ferrari considera propio de la Sociología del Derecho, por el contrario -y siempre en opinión del autor- corresponde a la Teoría del Derecho el estudio de la funciones del Derecho cuando función hace referencia a ‘actividad’.

⁵⁹ *La estructura de la Ciencia*, op. cit.

⁶⁰ En su aplicación al Derecho, destaca Aubert “Alcuni funzioni sociali della legislazione”, *Quaderni di Sociologia*, n°3, 1965, pp. 313-338, que recoge las aportaciones de Merton sobre la diferenciación entre funciones manifiestas y latentes FERRARI, V., expresa sus dudas sobre la metodología de Aubert quien, en opinión del autor italiano, a veces se aproxima al funcionalismo subjetivista al que me refiero a continuación. “L’analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici”, *Sociologia del diritto*, n°1, 1980, pp. 43-70, op. cit. Ver AUBERT, V., “Alcune funzione sociali della legislazione”, *Quaderni di Sociologia*, n°3, 1965, pp. 313-338.

⁶¹ E. NAGEL, *La estructura de la Ciencia*, op. cit., pg. 472.

⁶² Voz “Función”, *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, op. cit. En el apartado sobre “Funciones del Derecho” a cargo de V. Ferrari. El precedente más destacado de los sociólogos que adoptan este método sería Weber quien, según Ferrari, incurre en “la atribución a todos los actores sociales de una racionalidad ideal y objetiva” rechazable por falta de fundamentación empírica. Ver, FARIÑAS, M.J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Civitas, Madrid, 1991.

⁶³ Ver “I soggetti e la sociologia del diritto. Una nuova Methodestreit. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, n° IV, Serie LXII, 1985, pp. 551-564.

⁶⁴ *Las funciones del Derecho*, op. cit., pg. 53. En el Prólogo a la edición española de esta obra, el autor sitúa “la clave de bóveda del libro... en la reformulación del análisis funcional en términos subjetivistas, relativistas y teleológicos de forma que pueda ser compatible con aquellas corrientes del pensamiento que definen la acción humana como fruto y, al mismo tiempo, como proyección simbólica de una pluralidad de intereses, iniciativas y atribuciones de significado” (pg. 24).

Por último, el quinto uso del término función, esto es, función como actividad, puede ser descrito recurriendo de nuevo Nagel. Según este autor, este uso entiende por función “el conjunto más o menos amplio de procesos u operaciones dentro de (o manifestados por) una entidad determinada, sin indicación de los diversos efectos que estas actividades producen sobre esta entidad o sobre cualquiera otra”⁶⁵. Los análisis de las funciones de determinados objetos de conocimiento en este sentido no son, según el autor citado, específicos de la investigación social. En esta línea, V. Ferrari y L. Gianformaggio⁶⁶ atribuyen este tipo de análisis a la Teoría del Derecho y consideran que es el utilizado por N. Bobbio en *Dalla struttura alla funzione*⁶⁷.

La idea de función como actividad se solapa con ciertas acepciones de la no menos controvertida idea de ‘estructura’. En efecto, la actividad supone un medio al servicio de determinados fines, y si hablamos de medio nos acercamos a la idea de ‘técnica’ que no se distingue de ‘estructura’ en el uso que de ella vienen haciendo los juristas. El tipo de análisis funcional que utiliza la Teoría del Derecho, no se identifica con el que predomina en la Sociología en general y en la Sociología del Derecho en particular. El concepto de ‘función’ manejado por los teóricos se vincula a determinados usos de ‘estructura’; así sucede, por ejemplo, cuando N. Bobbio reivindica el método funcional para la Teoría del Derecho o cuando G. Peces-Barba se refiere a las funciones de los derechos fundamentales⁶⁸. Si función es la categoría básica de los análisis funcionales, estructura se corresponde con el análisis estructural, por esta razón, es conveniente precisar de forma sucinta qué pueda significar método estructural.

En todo caso, el análisis de estas categorías se complica ya que tanto el funcionalismo cuanto el estructuralismo que tienen por objeto lo jurídico adoptan como propia una tercera noción de significado controvertido, la de sistema. Por ello, las

⁶⁵ *La estructura de la Ciencia*, op. cit., pg. 471.

⁶⁶ FERRARI, V., “L’Analisi funzionale in Sociologia del Diritto”, op. cit., GIANFORMAGGIO, L., “Funzione o tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione”, op. cit., pp. 71-91.

⁶⁷ Se trata de un dato significativo, si tenemos en cuenta que N. Bobbio, como vengo repitiendo, es uno de los autores que ha influido en mayor medida en los teóricos del Derecho españoles del período acotado. Recuérdese al respecto el libro colectivo coordinado por LLAMAS, A., *Figura y pensamiento de N. Bobbio*, B.O.E.- Universidad Carlos III, Madrid, 1994.

⁶⁸ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, en colaboración con R. de Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 413-440.

relaciones de estos métodos y la teoría 'sistémica-sistemática' del Derecho, dan lugar a confusión. Ambos, funcionalistas y estructuralistas, incorporan el concepto de sistema propio de la Teoría General de Sistemas⁶⁹. Estos métodos tienen su contrapartida en el Derecho, donde además se habla de 'estructuralismo jurídico' en relación con el cual suele citarse a Kelsen como principal artífice⁷⁰.

⁶⁹ BERTALANFFY, L. von, *Teoría General de los sistemas*, trad. de J. Amela, Fondo de Cultura Económica, México, 1976. La Teoría General de Sistemas obedece a un esfuerzo de L. von Bertalanffy por recuperar la "unidad de la ciencia". A partir de una coincidencia de intereses en la perspectiva de la totalidad -que vienen a constatar la insuficiencia del procedimiento analítico- que este autor aprecia en Biología, Medicina, Psicología y "la moderna filosofía" propone la construcción de "un campo lógico-matemático cuya tarea es formular y derivar aquellos principios fundamentales que sean aplicables a *sistemas* en general. De esta manera se vuelven posibles formulaciones exactas de términos tales como totalidad, y en suma, diferenciación, mecanización progresiva, centralización, orden jerárquico, finalidad y equifinalidad, etc. Son términos que se presentan en todas las Ciencias que se ocupan de *sistemas* e implican su homología lógica" (pg. 270). Se trataría de una disciplina puramente formal, del tipo de la lógica y las matemáticas, que se ocuparía de la "totalidad" (pg. 37). Una caracterización de la "sistémica" en ARNAUD, J., "Paradigmas emergentes", *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pg. 236-268, " el sistema general descansa en dos postulados: 1.º todo fenómeno puede entenderse por la conjunción de finalidades dentro de un determinado ambiente (conjunción cibernética); 2.º todo fenómeno puede entenderse por la conjunción de su funcionamiento y sus transformaciones (conjunción estructural). Así pues, la sistémica se opone a toda aproximación basada en la representación analítica, la cual busca reducir la complejidad para simplificar la representación" (pg. 237). Estas corrientes se enmarcan en un intento de recuperación de lo que Q. Skinner llama "grandes teorías", SKINNER, Q., "El retorno de la Gran Teoría", *El retorno de la Gran Teoría en las ciencias humanas*, compilación de Q. Skinner, trad. de C. Vázquez de Parga, Alianza, Madrid, 1988. El autor hace la descripción de un proceso de recuperación de las "grandes teorías" que arranca de la propia crisis de éstas situada en la década de los sesenta. Q. Skinner se refiere a una actitud generalizada de "hostilidad hacia la construcción de teorías abstractas y normativas de la naturaleza y la conducta humana" en las principales figuras de "todas las ciencias humanas del mundo anglosajón" de la época, la afirmación puede hacerse extensiva al resto de Occidente; sin embargo, no tarda en producirse una vuelta al interés por la totalidad, pp. 13-19. Exponentes de esta tendencia, más allá del mundo anglosajón, a los que se dedican sucesivos capítulos de la obra, van a ser H.G. Gadamer, J. Derrida, M. Foucault, T. Kuhn. En cuanto al contenido, a través de la recuperación de Marx y Parsons en sociología y filosofía social y revisitando a Hume y Kant en filosofía política (es sintomático que fueran estos autores los objetos principales de las críticas); por lo que hace al método, mediante la utilización de la categoría de "sistema". En el tema que nos ocupa, la recuperación de la totalidad se produce en dos frentes: al estructural-funcionalismo de Parsons, opone Luhmann la teoría sistémica del funcional-estructuralismo. En el tema que nos ocupa, la recuperación de la totalidad se produce en dos frentes: al estructural-funcionalismo de Parsons, opone Luhmann la teoría sistémica del funcional-estructuralismo FARIÑAS, M.J., *Sistemas jurídicos...*, pp. 144-147. Y, junto a ello, aparece el estructuralismo "francés" de C. Lévi-Strauss que encuentra su contrapartida historiográfica en la Revista *Annales*. SKINNER, Q., *El retorno de la Gran Teoría...*, op. cit., especialmente, BOON, J., "Claude Lévy-Strauss", pp. 151-167 y CLARK, S., "Los historiadores de *Annales*", pp. 168-187. Ver también IPOLA, E. de, "Etnología e Historia en la epistemología estructuralista", *Metodología y epistemología de las ciencias sociales*, en colaboración con M. Castells, Ayuso, Madrid, 1981, pp. 87-130.

⁷⁰ BOBBIO, N., "Estructura y función en la teoría del derecho de Kelsen", *Contribución a la Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 235-254. En este artículo que aparece también en *Dalla struttura alla funzione...*, op. cit., pp. 187-216, el autor expresa su interés por una faceta de la aportación kelseniana en su opinión no suficientemente destacada; esta faceta a la que se refiere Bobbio es, precisamente, la de constituir una traslación al ámbito jurídico de la tendencia común a los metodólogos del momento de representar el objeto

Respecto al método estructural es posible establecer tres tipos de acepciones, distinguiendo así entre⁷¹ ‘estructuralismo global’, ‘estructuralismo auténtico o específico’ y ‘estructuralismo jurídico’. Llamamos global al estructuralismo que se asocia al funcionalismo, estructuralismo auténtico o específico al que exponencia C. Lévi-Strauss y estructuralismo jurídico a los análisis estructuralistas en Derecho; dentro de este último es necesario hacer mención a la idea de ‘sistema jurídico’.

De este modo, el estructuralismo global es el estructuralismo que, en lo que nos interesa, se asocia al ‘funcionalismo-estructural’ o al ‘estructural-funcionalismo’. El concepto de “estructura” aparece como dependiente de la noción de función en la acepción que más arriba atribuíamos a este tipo de estudios. Los autores que hablan así de estructura, se refieren a organización y están realizando una extrapolación a las ciencias sociales del “funcionalismo biológico” -sobre la utilidad de este tipo de análisis para el objeto de nuestro estudio ya hice algunas consideraciones⁷².

Las aproximaciones de la Ciencia del Derecho al estructuralismo auténtico o específico constituyen otro de los esfuerzos por buscar solución al problema de la ‘cientificidad’ del Derecho. A. Hernández Gil⁷³ traza un esquema evolutivo de la metodología jurídica desde el siglo XIX⁷⁴ conforme al cual, la reacción contra el

como un sistema, pg. 246: “me parece que hasta ahora no se ha prestado la debida atención al hecho de que esta orientación hacia la representación de un determinado campo de investigación como un sistema, es decir, como un conjunto de elementos en relación de interdependencia entre sí y con el todo, es una orientación general de las ciencias sociales de aquellos años. Quien quiera tratar de conectar el proceso de formación de la teoría kelseniana con el espíritu del tiempo, no podrá prescindir de llevar a la discusión también esta anotación: Kelsen participó con algunos de los mayores estudiosos contemporáneos en el ámbito de las ciencias sociales de esta tendencia hacia el descubrimiento del sistema como meta última de investigación, entendido el sistema como esa totalidad cuya estructura, una vez individualizada, permite explicar la composición, el movimiento y el cambio de las partes específicas”.

⁷¹ Sigo en esto a HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. II, , Madrid, 1971.

⁷² Un análisis de las principales diferencias entre estos dos modelos de estudio en MARTIN SERRANO, M., *Métodos actuales de investigación social*, Akal, Madrid, 1978, pp. 282-283. Fundamentalmente, el estructuralismo explica los procesos sociales a través de un modelo lógico-sintáctico, mientras el funcionalismo utiliza un modelo pragmático; por otro lado, el funcionalismo explica la organización del sistema social, el estructuralismo “entiende que la estructura social es un sistema latente más profundo que la organización”.

⁷³ *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. II, Madrid, 1971.

⁷⁴ Ver al respecto, LUMIA, G., “A proposito di struttura, funzione e ideologia nel Diritto”, *Sociologia del Diritto*, n°2, 1978, pp. 431-439. Hasta el siglo XIX predomina el interés por la dimensión valorativa de la experiencia jurídica. Con la crisis del iusnaturalismo producida en ese siglo, las disquisiciones sobre el “deber ser” del Derecho pasan a un segundo plano y prevalece el discurso sobre el “ser”. De otra forma,

conceptualismo jurídico (en el que la lógica se utiliza como depuración del razonamiento pero sólo en cuanto sirve a la teoría de la subsunción) da paso a las posiciones realistas, historicistas y hasta “irracionalistas”. A su vez, en una lenta progresión que comienza a finales del siglo para hacerse patente después de la Primera Guerra Mundial, hay un intento de recuperación de la lógica aplicada al Derecho -esta vez por rechazo al “irracionalismo”, historicismo y realismo- que mantiene el rechazo al conceptualismo. Esta recuperación es la consecuencia fundamental del positivismo lógico y el análisis del lenguaje en la Ciencia del Derecho⁷⁵. Las corrientes desarrolladas en el seno de esta tendencia vienen a coincidir en la intuición de que “el lenguaje no es un mero instrumento o simple fórmula para expresar lo percibido o lo pensado”, antes bien, es “erigido en sí mismo en objeto de preocupación y de investigaciones; y ello no ya desde el punto de vista de la estricta corrección gramatical”⁷⁶. La mencionada intuición repercute en los dominios de la lingüística y provoca la aparición de un nuevo método, el estructuralista, que en esa continua contaminación entre la metodología de las distintas disciplinas tendrá eco en Ciencias sociales⁷⁷.

la preferencia se desplaza de la Teoría de la Justicia a la Teoría del Derecho que competirá a continuación -desde la segunda mitad del siglo XX- con la preocupación por las relaciones entre el Derecho y la Sociedad en que este Derecho tiene vigencia; esto es, con la Sociología (pg.431). El primado de la Sociología del Derecho suscitará un interés por las funciones del Derecho también en Teoría del Derecho, en opinión de este autor. Sobre el problema de la Ciencia jurídica, su evolución y sus relaciones con las “ciencias sociales”, ver BOBBIO, N., *Teoria della Scienza Giuridica*, Giappichelli, Turin, 1950. En aquel momento, N. Bobbio llega a la conclusión de que la Ciencia del Derecho debe ser una Ciencia formal; los rasgos de este tipo de ciencia, frente a la “Ciencias empíricas”, son el carácter instrumental a éstas, la utilización del análisis en vez de la síntesis y fijar su objeto en “la forma lógico-lingüística en que se expresa la experiencia” y no en la experiencia misma (pp. 138-139).

⁷⁵ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 156 y ss.

⁷⁶ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pg. 203.

⁷⁷En lingüística se cita, por emblemática, la obra de F. Saussure. La aplicación más amplia del método estructuralista a las Ciencias sociales se debe al antropólogo Lévi-Strauss *Las estructuras elementales del parentesco*. Este autor parte de la no cientificidad de las ciencias humanas y sociales -conclusión que comparte con los críticos de “la gran teoría” a que más arriba me referí-; para conseguir estatuto científico es necesaria su aproximación a las exactas y naturales y ese camino lo considera emprendido ya por la lingüística. El estructuralismo de C. Lévi-Strauss supone, como decía, una recuperación de la totalidad. Comparte con la interpretación del marxismo de Althusser -aun sin ir tan lejos- la creencia en los efectos determinantes de las estructuras sociales y lingüísticas y todo ello “frente a nuestras ideas normales acerca de la acción y la responsabilidad en la explicación social”, SKINNER, Q., en “El retorno de la Gran Teoría”, op. cit., pg. 29. Según este autor, el objetivo de C. Lévi-Strauss es “desarrollar y llevar a la práctica una antropología estructuralista en la que la aparente diversidad de las culturas se relacione con y se subsuma en la descripción de las leyes generales que gobiernan nuestras operaciones mentales y, por consiguiente, determinan tanto nuestros sistemas de signos como el tejido de nuestras creencias”, pg. 29. Sobre los métodos estructuralistas en las ciencias sociales ver VIET, J., *Los métodos*

A. Hernández Gil⁷⁸ considera que las estructuras a que se refiere el estructuralismo auténtico o específico, son “totalidades provistas de una regulación emanada de ellas mismas”⁷⁹. La aceptación de estos caracteres como propios de la estructura viene a ser lugar común, sin embargo, el método del estructuralismo auténtico debe diferenciarse del estructuralismo de la Ciencia jurídica y del funcionalista⁸⁰. Por el momento baste decir que en el estructuralismo con orígenes en la lingüística la “estructura” no se identifica con el objeto de estudio, más bien es el resultado de aplicar a aquel el “pensamiento”; de otra forma, se trata de explicar el sistema que se entiende como un sistema de comunicación, por una estructura subyacente que “permite su interpretación en cierto modo deductiva y que se trata de reconstruir mediante la construcción de modelos lógico-matemáticos”⁸¹.

En el Derecho, el estructuralismo específico, no puede adquirir un desarrollo semejante al de la lingüística. En opinión de A. Hernández Gil todavía no se ha realizado un análisis estructural del Derecho equiparable al de la lingüística estructural, y, como consideración de carácter prospectivo que aventura en 1971, reitera en 1973⁸² y continúa siendo válida en la actualidad, “se podrá llegar a «una» ciencia estructural del

estructuralistas en las ciencias sociales, trad. de M. Lamana, Amorrortu, Buenos Aires, 1979.

⁷⁸ “Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho”, *Estructuralismo y Derecho*, Alianza, Madrid, 1973, pp. 11-51.

⁷⁹ *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pg. 283. A partir de esta definición, se pueden extraer los elementos constitutivos de la noción de estructura. Con HERNÁNDEZ GIL, A., coincide LUMIA, G., “A proposito di struttura,...”, op. cit., pg. 433. Este autor considera común a los diversos usos de “estructura” en su significado técnico la existencia de una multiplicidad de elementos que conforman una totalidad dinámica autoregulada y constitutiva de un sistema cerrado. Y de forma parecida, GÓMEZ TORRES, C.J., “Reflexiones en torno a la estructura y función del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1973-1974, pp.43-46.

⁸⁰ En el que “estructura” sería la traducción del alemán *struktur* y conservaría un sentido mecanicista frente al significado de *gestalt* del que derivaría la acepción de estructura como equivalente a “forma interna”. FROSINI, V., *La estructura del Derecho*, trad. A. E. Pérez Luño y M.J. Magaldi Paternoso, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pp. 167-176.

⁸¹ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 357 y 358. En el análisis estructural del matrimonio en Lévi-Strauss, éste aparece como un sistema de comunicación en el que los hombres serían los sujetos que se comunican y la mujer el signo, el objeto de intercambio. La estructura comunicativa va a determinar las inclinaciones biológicas, los sentimientos, etc... Si lo considerásemos desde una perspectiva “funcionalista”, el matrimonio sería una estructura cuya existencia contribuiría al mantenimiento del sistema social -o a la regulación de posibilidades para reducir la complejidad del mundo y facilitar la elección-. El estructuralismo jurídico procedería al análisis formal de la institución.

⁸² *Metodología de la Ciencia del Derecho*, e “Introducción al estudio del estructuralismo y el Derecho”, ambas citadas.

Derecho, pero difícilmente «la» ciencia del derecho llegará a ser sólo estructural⁸³ ; esto es tanto como afirmar que aunque fuera posible estudiar el Derecho desde la perspectiva del estructuralismo auténtico⁸⁴, este punto de vista no agota el estudio del Derecho y siquiera es el propio de la Ciencia jurídica.

Se suele citar a Kelsen como precursor del método estructuralista en el Derecho⁸⁵. En primer lugar, y por lo que aquí interesa, lo que caracteriza la teoría del derecho kelseniana es la idea de que el fenómeno jurídico sólo puede ser comprendido si se examina desde la totalidad⁸⁶. El objetivo de la primera etapa de su obra⁸⁷ es conseguir una ciencia jurídica autónoma, sistemática y única⁸⁸. La incorporación, que lleva a cabo Kelsen, de la idea de sistema al estudio del Derecho, es un fenómeno paralelo a lo que ha venido llamándose estructuralismo específico; en este sentido afirma Bobbio: “es innegable que la tendencia de Kelsen a considerar el Derecho como un universo estructurado responde a la misma exigencia de la que han partido las investigaciones estructurales en la lingüística y en antropología”⁸⁹.

⁸³ *Metodología de la Ciencia del Derecho*, pg. 422.

⁸⁴ Algo de ello existe en la propuesta contenida en MARTINEZ GARCÍA, J.I., *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1992 (ver especialmente el Cap. II, “El desafío de la circularidad en el derecho”, pp. 61-83).

⁸⁵ GÓMEZ TORRES, C.J., “Reflexiones en torno a la estructura y función del Derecho”, op. cit.

⁸⁶ En opinión de BOBBIO, N., “Estructura y función en la teoría del Derecho de H. Kelsen”, es precisamente la concepción del Derecho como ordenamiento y las consecuencias que de ella se derivan la determinante a la hora de examinar la relevancia de su obra. Constituye un hito en la historia de la Teoría del Derecho precisamente porque “la empresa científica de Kelsen se desarrolla al unísono con las grandes empresas científicas de su tiempo en el campo de las ciencias sociales y participa de algunos de sus caracteres fundamentales”.

⁸⁷ Sobre la periodificación y la discusión sobre si existe continuidad o ruptura en el pensamiento kelseniano ver GIANFORMAGGIO, L., “Sobre la deducción de la validez en Hans Kelsen” y “¿Qué queda en la *Allgemeine Theorie der normen* de los sistemas normativos estáticos y dinámicos?”, *Estudios sobre Kelsen*, trad. P. Larrañaga y M. Serrano, Fontamara, México, 1994, pp. 47-80 y 81-99 respectivamente. Como GUASTINI, R., “Norme, giudizi di validità e scienza giuridica nell'ultimo Kelsen” *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXI, n°2, dicembre 1991, pp. 441-453, por “comodidad”, hablo de “primera etapa” para referirme a las obras de Kelsen hasta la segunda edición de la *Teoría Pura...* de 1960 y sitúo la “segunda etapa” a partir de “Derogation” de 1962.

⁸⁸ CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1978. En lo que nos interesa en este momento, es indiscutido que la descripción de la estructura del Derecho como sistema aparece en lo que constituiría una primera época de su obra y es precisamente esta primera etapa cuyas conclusiones se contienen en la segunda edición de la *Teoría Pura*, la que influye en los autores españoles especialmente a través de los teóricos italianos del Derecho y de forma notable de N. Bobbio.

⁸⁹ “Estructura y función en la teoría del derecho de Kelsen”, op. cit., pg. 248.

Sin embargo, los autores que se consideran representantes del estructuralismo auténtico aplicado al Derecho⁹⁰, se esfuerzan por diferenciar el tipo de aproximación al Derecho -cuyo principal exponente es Kelsen y que ellos consideran 'formalista'- del estructuralismo auténtico. La diferencia fundamental la cifran estos autores en que en la teoría sistemática del Derecho de Kelsen las relaciones entre el sistema y la realidad se consideran de forma inversa a la que sería propia del estructuralismo. El método del estructuralismo auténtico pasa por 'estructurar' la realidad que, por tanto, preexiste al sistema; así, por ejemplo, en el supuesto de la lingüística, de lo que se trata es de estructurar en lengua el habla, por así decirlo, y continúo con el ejemplo del lenguaje, las reglas son posteriores al hecho de la comunicación. En la obra de Kelsen, por el contrario, el Derecho es Sistema, las reglas componen la realidad misma del Derecho⁹¹.

Cuando a lo largo de este trabajo hablemos de estructura lo haremos para referirnos a la "forma" en que aparece el Derecho y no a su "morfología". Se trata de ver cuáles son los elementos de la norma, cómo se configura o cómo la consideramos utilizada⁹² y cuál es la relación de las normas con las otras normas en eso que llamamos Derecho, Ordenamiento jurídico o Sistema jurídico . Aunque en este punto se pueden distinguir el análisis de la estructura desde el punto de vista dinámico -que equivale a funcionamiento o actividad- y desde el punto de vista estático -que sería equiparable a forma-. Con posterioridad retomaremos esta distinción .

Las pretensiones de construir un Sistema jurídico tiene sus orígenes en los siglos XVII-XVIII cuando se intenta conformar la Ciencia jurídica al modelo de la Geometría

⁹⁰ V. Frosini y A. Hernández Gil, por ejemplo, en las obras citadas.

⁹¹ Ver, sobre la distinción entre sistema real-sistema ideal, sistema interno-sistema externo, FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, op. cit., pp.84-90. ENGISCH, K., "Sentido y alcance de la sistemática jurídica", trad. de M. Rodríguez Molinero, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº3, 1986, pp. 7-40, distingue entre sistema interno (el Derecho es, por las relaciones entre sus partes, un sistema), sistema externo (el Derecho aparece ordenado sistemáticamente) y sistema científico-jurídico (el sistema del Derecho aparece sólo como resultado del trabajo del científico); los dos primeros son formas de entender lo que V. Ferrari considera "sistema interno", el tercero sería el sistema externo de Ferrari.

⁹² HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pg. 425. "El estructuralismo...poco nada tiene que ver con lo que se ha considerado como la estructura de la norma. Una o algunas normas determinadas...o la norma en abstracto son, ciertamente , susceptibles de una descomposición analítica por elementos o de una recomposición sintética; pero ese conocimiento de la norma, el decir cómo o de qué se integra, cómo se configura o cómo la consideramos organizada no es un saber estructuralista...Laestructura por la que se pregunta el estructuralismo nunca está tan a mano".

a través, precisamente, de la idea de sistema⁹³. En el siglo XIX, con la crisis del “iusnaturalismo”, se produce una nueva concepción de sistema jurídico, la que corresponde a la dogmática jurídica que se caracteriza por abandonar definitivamente el Postulado de la Evidencia mediante la sustitución de los principios de Derecho natural por las normas positivas⁹⁴. La dogmática, pretende ser una ciencia racional-formal; el ideal lo constituyen la lógica y las matemáticas. En esta línea de tendencia se sitúa la Teoría Pura⁹⁵, al margen de las distintas interpretaciones sobre el lugar atribuido a la lógica por Kelsen.

Junto a esa idea de sistema, aparece en la segunda mitad del siglo XX una “nueva idea”⁹⁶. La diferencia fundamental consiste en una inversión de la perspectiva: “el procedimiento habitual consiste en definir el sistema jurídico a partir de la norma

⁹³ Ver ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1ª edición en castellano, 1975. El modelo aristotélico de ciencia se caracteriza por contener los postulados de realidad, verdad, deducción y evidencia (pp.82-84). Hacia 1600, quiebra este ideal produciéndose la escisión de las ciencias en dos categorías: las ciencias *formales* (en las que se abandona la evidencia y “se aplica una concepción mucho más rigurosa de la deducción que se debe al surgimiento de la lógica simbólica”, op. cit., pg. 84), y las ciencias empíricas (en las que pierde importancia la realidad para dar paso “ a la construcción de sistemas deductivos”, *ib.*). El problema de la sistematización se convierte en problema común a ambos tipos de ciencias. En lo que a la ciencia del derecho respecta, “los resultados más notables...son tal vez los grandes sistemas racionalistas de los siglos XVII y XVIII. Al producirse, con el surgimiento de la ciencia experimental, la división de las ciencias en racionales y empíricas...la ciencia del derecho fue situada por la mayoría de sus cultores...en el ámbito de las ciencias racionales. La concepción de la ciencia del derecho que encontramos en los sistemas racionalistas de Derecho Natural, desde Grocio y Pufendorf hasta Kant y Fichte, responden plenamente al ideal de la ciencia racional” (pg. 89).

⁹⁴ ALCHOURRÓN, C., Y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pg. 90.

⁹⁵ “Puede ser entendida como la continuación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX”, KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Porrúa, México, 1991, Prólogo a la Primera Edición, pg. 9. Frente al “formalismo”, el realismo jurídico, pretende construir una ciencia jurídica empírica entendida al modo clásico, esto es, rechazando la idea de “sistematización”. ALCHOURRÓN, C., Y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología...*, op. cit.

⁹⁶ Precisamente es el objetivo de la obra de ALCHOURRÓN, C., Y BULYGIN, E., a que me vengo refiriendo. La primera edición de esa obra apareció en inglés bajo el título *Normative Systems* (1971). Los autores se proponen “aprovechar para la ciencia del derecho las investigaciones y adelantos metodológicos alcanzados en los últimos años en otros campos del saber (sobre todo en la fundamentación de la matemática y de la física), para mostrar: a) que existe un concepto de sistema que puede utilizarse con provecho en el ámbito jurídico; b) que la sistematización es una de las tareas fundamentales del jurista, y c) que en la ciencia del derecho se plantean tanto problemas empíricos como problemas lógicos, es decir, puramente racionales (sistematización). Es no menos erróneo caracterizar la ciencia jurídica como una ciencia puramente formal que concebirla como una ciencia puramente empírica. Y esto ocurre porque la clasificación misma es ya obsoleta: si bien hay ciencias puramente formales, no hay ciencias puramente empíricas” (pg. 92).

jurídica, es decir, primero se da una definición de norma jurídica, caracterizando su esencia o naturaleza, y luego se define el sistema jurídico como el conjunto de normas jurídicas. De tal manera resulta que un sistema es jurídico *porque* contiene normas jurídicas”, sin embargo, la novedad está en “dar una definición de sistema jurídico y luego caracterizar como jurídicas las normas que forman parte de ese sistema”, esto es, “en vez de definir el todo (sistema) en función de sus partes (normas), se trata de definir las partes en función del todo”⁹⁷. Por el momento, esta segunda noción de sistema está menos extendida que aquella otra apegada a la idea de sistema como ‘conjunto de normas’⁹⁸. Aunque el “funcionalismo” y el “estructuralismo” en Ciencias sociales sí la manejan, cuando hablamos de análisis funcional o estructural de la Ciencia jurídica, la categoría de sistema tiene más que ver con la primera y viene a convertirse en sinónimo de Ordenamiento.

J.A. García Amado⁹⁹, desde una perspectiva ‘analítica’, considera la posibilidad de distinguir tres niveles de lenguaje en los que se habla de sistema jurídico; el práctico-positivo, el científico jurídico y el teórico-general o iusfilosófico. En el primer nivel se contienen las apelaciones a la idea de sistema que parten del propio Derecho o de sus operadores; en el ámbito ‘científico-jurídico’, la idea hace referencia a cada uno de los ámbitos en que los juristas organizan la materia para su estudio; en la perspectiva iusfilosófica, el profesor García Amado, identifica dos tipos de enfoques “a) el de las teorías que pretenden dar una visión general del derecho, atendiendo únicamente al derecho mismo en cuanto ordenamiento normativo y entendiendo que tal ordenamiento se articula interna y autónomamente con arreglo a un cierto esquema sistemático o

⁹⁷ ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias Sociales y jurídicas*, op. cit., pg. 103.

⁹⁸ Una caracterización del análisis “sistémico” del Derecho en ARNAUD, A. J., *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, op. cit., pp.239-268. Este autor diferencia los “sistemas de Derecho” (aquéllos que contienen normas jurídicas definidas según los criterios de “validez” propios del “positivismo”) y “sistemas jurídicos” (“que se remiten a normas de Derecho, sin ser sistemas de normas de Derecho en sentido estricto”), pg. 253. Desde la perspectiva de esta distinción, el profesor francés afirma “el *Derecho* en sentido estricto no tiene más que un cierto número de caracteres del sistema: conviene reservarle la calificación de *conjunto sistémico*...La investigación en las ciencias sociales - incluida la *luhmaniana*- habla de sistema jurídico apuntando al Derecho. Pero, lo que llaman *Derecho*, habida cuenta de la doble naturaleza de éste, no es más que lo *jurídico*”, pg. 260. Ver también FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, op. cit., pp. 84-90.

⁹⁹ “Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº2, 1985, pp. 297-316, pg. 313.

estructural (ejemplo prototípico de esta postura sería el de la Teoría Pura del Derecho); y b) el enfoque de las teorías que contemplan el derecho bajo el prisma de consideraciones específicamente filosóficas, ya sean ontológicas o axiológicas, y que conciben el sistema jurídico como integrado por, o dependiente de, elementos provenientes de otros ámbitos y que rebasan, por tanto, el campo de lo que se considera norma positiva o actividad jurídico-práctica”. De mayor interés para nuestro trabajo - que viene a ser un esfuerzo en el plano de la metateoría- es la primera perspectiva del nivel teórico general; será de utilidad la noción de sistema en tanto se aplique al Derecho como ordenamiento normativo.

Por su parte, G. Tarello, parece entender como rasgo definitorio de la cultura jurídica moderna la concepción del Derecho como sistema. Esto significa, que el Derecho se entiende como un conjunto de normas que guardan entre sí una relación determinada por proceder de una misma fuente de producción, por tener una común derivación material o formal, por compartir la proyección institucional o los usuarios o por ser reunidas por la tradición cultural como sistema¹⁰⁰. La cultura jurídica española maneja todas estas acepciones en el nivel de la teoría general para dar cuenta del Derecho como conjunto ‘sistémico’ de normas.

La noción de “derechos fundamentales” se conecta con la categoría de “sistema” de dos formas. En primer lugar, los derechos constituyen una referencia del sistema cuando son considerados como criterios de identificación de normas; “el sistema jurídico, debido a la vigencia de normas iusfundamentales, tiene el carácter de un sistema jurídico *materialmente determinado* por la Constitución”, es decir, en virtud de las normas de derechos fundamentales, el Ordenamiento puede ser entendido como sistema en la acepción de común derivación material¹⁰¹. Además, para algunos autores,

¹⁰⁰ TARELLO, G., “Organizzazione giuridica e società moderna”, *Cultura giuridica e politica del diritto*, op. cit., pp. 143-172, pp. 164-167.

¹⁰¹ Sobre todo, porque a veces los derechos también imponen “procedimientos”. ALEXY, R., *Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 524. El autor destaca, de entre los múltiples efectos que atribuye a “la irradiación de las normas iusfundamentales en todos los ámbitos del derecho” sobre el “carácter del sistema jurídico” el que la vigencia de normas de derechos fundamentales convierta al sistema jurídico en un “sistema abierto” y que la apertura lo sea a la moral. Veremos, más adelante, los pronunciamientos al respecto por parte de los autores españoles; en concreto me detendré en las teorías de G. Peces-Barba y L. Prieto.

es posible hablar del “sistema de los derechos fundamentales”; la acepción que se maneja es la de ‘sistema como común proyección institucional’ y supone aproximar los derechos fundamentales a la idea de ‘institución’¹⁰².

De cualquier forma, para precisar el sentido que posea ‘análisis funcional’ referido al Derecho y, más en concreto, a los derechos fundamentales se imponen algunas consideraciones sobre el concepto de Derecho y de derechos al que va a quedar referido el método.

1.2. Objeto.

Veámos en el apartado anterior que cuando se enumeran los temas propios de la Teoría del Derecho, se tiene en mente aquella cuestión más general sobre el concepto de Derecho. Sobre este aspecto, el profesor Prieto subraya la frecuencia con la que la descripción de la Filosofía del Derecho se agota en predicar su carácter crítico sin precisar sobre qué recae la ‘crítica filosófica’¹⁰³, que en este caso se convierte en ‘crítica’ (con los matices que realizamos en su momento) de la Teoría del Derecho. De este modo, nos encontramos ante una disciplina que se aplica a un objeto cuyo concepto le corresponde construir.

Al respecto, las posiciones de los autores españoles se agrupan, de modo fundamental, en dos bloques, el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Uno de los presupuestos que se mantienen en el presente trabajo, es que no existe una esencia del

¹⁰² PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, op. cit.. Ver también HÄBERLE, P., por ejemplo en *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, trad. J. Saligmann y C. Landa, ed. Paolo Ridola, NIS (La Nuova Italia Scientifica), Roma, 1993, existe también una traducción al español de esta edición italiana, de C. Ramos, Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel, 1997.

¹⁰³ “Venimos hablando de una función crítica, pero con ello apenas indicamos un género de aproximación que permite numerosos desarrollos; porque es evidente que una reflexión crítica, por ejemplo, sobre el Derecho positivo puede partir de una previa construcción metafísica, de un conocimiento que quiera presentarse como alternativa al conocimiento científico... Tal vez alguna de estas tareas sea legítima, pero no parece que sea la perspectiva adecuada para una filosofía jurídica no presuntuosa que quiera evitar convertirse en un cuerpo extraño en el marco de la cultura moderna y particularmente en las Facultades de Derecho”, PRIETO, L., “Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho”, op. cit., pp. 591-617, pp. 597. Sobre la ambigüedad de la caracterización de la Filosofía del Derecho como disciplina crítica se detiene PÉREZ LUÑO, A.E., “Filosofía y Derecho”, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Mergablum, Sevilla, 1998, Cap. I, pp. 19-42, pp. 33 y 34.

Derecho que permita afirmar la verdad o falsedad de los distintos conceptos que a ella se refieran. Por esta razón, la opción por uno u otro, dependerá de consideraciones distintas de la de su adecuación a aquella realidad jurídica¹⁰⁴. A propósito del tema resultan interesantes las consideraciones de V. Villa. El autor diferencia dos modelos de conocimiento, el descriptivismo y el constructivismo, el primero “centrado, sobre la afirmación de que «el lenguaje del conocimiento debe, en último término, reflejar la realidad, representar la realidad tal y como es, de forma pasiva y neutra»”, como ejemplos de este tipo de aproximación cita las concepciones empíricas (el neopositivismo) y las concepciones realistas del conocimiento. En cuanto al constructivismo, lo define como aquel modelo de conocimiento “centrado sobre la afirmación de que «el conocimiento es una obra social colectiva (con un carácter parcialmente ligado al lenguaje), una práctica social que comporta una intervención activa sobre la realidad»”¹⁰⁵. De este modo, cualquier definición del concepto de Derecho supone ya un punto de vista sobre el Derecho.

Sin embargo, por un lado, sería inútil construir la noción de Derecho sin tener en cuenta en absoluto el concepto usual del término¹⁰⁶ y por otro, si quiere ser útil debe suministrar criterios a los operadores jurídicos (en un sentido muy amplio) para identificar el Derecho allí donde las convenciones no son claras o no existen. Así pues, en la cultura jurídica española no hay acuerdo sobre qué haya que entender como Derecho. Esto es, los autores españoles no utilizan los mismos criterios para determinar qué es Derecho y cuándo una norma es jurídica. Un estudio completo de los conceptos de Derecho presentes en nuestro contexto excede con mucho, el ámbito del presente

¹⁰⁴ Se rechaza, por tanto, el *esencialismo* conceptual, esto es, la idea de que los conceptos “están determinados por ciertos datos de la realidad y no son el mero producto de convenciones de los hombres”. Ver NINO, C.S., *Derecho, Moral y Política...*, op. cit., pp. 23-33, pg. 28.

¹⁰⁵ VILLA, V., “La science juridique entre descriptivisme et constructivisme”, op. cit., pg. 288.

¹⁰⁶ JORI, M., “I concetti di diritto nel pensiero giuridico positivo”, *Saggi di Meta-giurisprudenza*, op. cit., pp. 263-299, pg. 289, “a título de ejemplo puedo mencionar el caso de la más clásica definición iusnaturalista del derecho: que los ordenamientos jurídicos injustos (en cualquier sentido) no sean derecho es una redefinición “filosófica” que de modo bastante probable contrasta hoy con el área sólida de la definición ordinaria del concepto, por la cual son derecho todos los ordenamientos coactivos efectivos; e incluso contrasta hoy en el mundo occidental ...con el área sólida autoindividualizada de los ordenamientos normativos encontrados a partir del concepto ordinario de juridicidad, esto es de aquellos ordenamientos que poseen las características que el sentido común atribuye a la juridicidad”.

trabajo; se hacen necesarias, sin embargo, algunas consideraciones tendentes a esclarecer, por un lado, la perspectiva de la que se parte, y, por otro, las distintas corrientes desde las que nuestros autores afrontan el estudio de los derechos.

Sobre este extremo, M. Jori, observa la existencia de dos tipos de definiciones de Derecho, la filosófica y la 'jurídica'. Según el autor italiano, la segunda es la propia de los "juristas positivos", esto es, de quienes están encargados de interpretar y aplicar el Derecho que, por otra parte, se muestran reticentes a admitir que manejen algún tipo de concepto filosófico. Sin embargo, a lo largo del trabajo, se describe la identificación de lo jurídico por los "juristas positivos" como un proceso compuesto por dos fases.

Es cierto que la definición jurídica atiende, para identificar lo jurídico, a los criterios contenidos en el propio Derecho que, en este sentido, se 'autodefine'. Pero, observa M. Jori, para que el jurista halle la 'autodefinición' debe partir de algún 'concepto previo' que le permita conocer dónde está contenida, y este concepto no puede proceder sino de una definición filosófica del Derecho.

Concepto filosófico que, en una primera instancia, se corresponde con el significado corriente del uso de Derecho como "norma o prescripción o entidad similar, que están en cualquier modo en relación con la coacción organizada; lo que habitualmente implica que las normas forman parte de un Ordenamiento o agrupación análoga"¹⁰⁷. Ese significado habitual depende, a su vez, de las concepciones filosóficas más influyentes. De esta forma, para identificar el Derecho, el jurista positivo opera a través de dos fases: una primera filosófica y una segunda fase propiamente jurídica.

En opinión de M. Jori, los juristas positivos occidentales de hoy, adoptan un método "contingentemente" iuspositivista por cuanto son normativistas y formalistas¹⁰⁸.

¹⁰⁷ JORI, M., "I concetti di diritto nel pensiero giuridico positivo", op. cit., pg. 268: "a esta definición lexical, por otra parte implícita, corresponden al menos en parte y más o menos consabidamente, muchas definiciones propuestas por filósofos y teóricos del derechos: a partir de éstas el derecho viene definido como norma o prescripción o entidad similar, que están en cualquier modo en relación con la coacción organizada; lo que implica a menudo que las normas formen parte de un ordenamiento o grupo análogo. Esto es indudablemente el aspecto central de un concepto (y de la realidad a la que éste se refiere) que tiene ramificaciones tan variadas y límites tan difusos; en cuanto a la intensidad y en cuanto a la extensión: es aquel concepto mínimo al que el analista impaciente quiere limitar el concepto de derecho con una redefinición".

¹⁰⁸ JORI, M., "I concetti di diritto nel pensiero giuridico positivo", op. cit., pg. 298., "En común con el iuspositivismo filosófico los juristas positivos occidentales de hoy tienen también el 'formalismo' y el 'normativismo'", las cuales, por otra parte, son "características contingentes derivadas no del concepto ordinario del derecho, sino de su objeto, el derecho estatal-legal", por ello, afirma M. Jori, "el concepto

Cuando un jurista se enfrenta al problema de identificación del Derecho, opera a través de esas dos fases a las que M. Jori se refiere, pero, en caso de duda sobre la inclusión de un supuesto en la zona de certeza del concepto de Derecho, atienden a las prescripciones del propio Derecho -es decir, predomina el concepto positivo sobre el filosófico- y es rasgo de los Ordenamientos modernos en nuestro entorno establecer la primacía de las normas estatales sobre las restantes formas normativas con independencia de su eficacia y -añado yo- de su contenido de justicia. De otra forma, en los Ordenamientos estatales modernos, el criterio que sirve para identificar lo jurídico es el de la validez¹⁰⁹. Y, como señala M. Jori estamos ante un criterio preferentemente formal, puesto que a pesar de la idea de que en junto a los criterios formales, las normas de identificación de los mismos Ordenamientos modernos, incluyen criterios materiales de entre los que los derechos fundamentales desempeñan un papel protagonista, se aplica la decisión del órgano competente.

Sin embargo, existen ciertos rasgos de las Constituciones contemporáneas, que tienen que ver con los derechos fundamentales, que hacen hablar de un 'cambio de paradigma' en el Derecho vigente que de producirse nos obligaría a afirmar que los juristas positivos han dejado de ser formalistas. Y es que cuando estamos hablando de 'derechos fundamentales', la definición del objeto de la Teoría del Derecho se hace si cabe más compleja. Este es un tema de fundamental importancia en el estudio de lo que denominaré función objetiva de los derechos en el punto de vista interno.

Uno de los autores que en España considera que el positivismo resulta insuficiente como teoría acerca del concepto de Derecho desde el momento mismo en que se admite la existencia de "derechos humanos" es A. Ollero¹¹⁰. El profesor Ollero señala que la defensa simultánea de la idea de los derechos humanos y de un concepto positivista de Derecho provoca una paradoja en dos niveles: el nivel ético y el jurídico.

de derecho del que hablan los juristas positivos será más o menos igual que aquél del que hablan los teóricos iuspositivistas. La coincidencia es, sin embargo, contingente, y es distinta, como he sostenido, la forma en que se llega".

¹⁰⁹ Ver BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, pp. 33-52.

¹¹⁰ *Derechos humanos y Metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Con él coincide SERNA, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1990.

En el primero de los ámbitos señalados, en su opinión, resulta contradictorio entender los derechos humanos como “exigencias ineludibles” desde el punto de vista “político” y desde el punto de vista “filosófico” negar validez a las teorías éticas objetivistas que son las únicas capaces de “brindarles un fundamento jurídicamente consistente”¹¹¹. La incoherencia ‘filosófica’ se traslada al ámbito jurídico. En este plano, el positivismo se enfrenta a una situación en que por un lado la Constitución es concebida como “la primera y suprema Ley” y, por otro, la propia Constitución “no ha dudado en incluir generosamente preceptos para la protección de un buen número de derechos humanos”.

Frente a A. Ollero, no creo que el concepto de derechos humanos resulte contradictorio con una postura positivista acerca del Derecho. Antes bien, la crítica del profesor Ollero pasa por la identificación del positivismo con alguna o algunas de las tesis de alguno de sus representantes empleando la táctica -por otra parte compartida por los positivistas en su descalificación de otros conceptos de Derecho- de llevar al extremo la postura contraria para facilitar su descrédito. En primer lugar, vincula al positivismo una serie de tesis que sólo contingentemente se asocian a él y, a continuación, da por supuesto que los derechos humanos son componentes del Derecho natural¹¹².

Por lo que hace al primer aspecto, A. Ollero, considera inherente al positivismo jurídico el mantenimiento de una posición escéptica en lo ético. De otra forma, considera que cualquier defensor del iuspositivismo es, además, un irracionalista ético; además, vincula positivismo y legalismo -entendido como reducción del Derecho a la Ley-; y, por último, identifica el positivismo y el formalismo jurídico -esto es- el positivismo se agota en un muy peculiar “kelsenianismo”¹¹³.

A propósito de esta actitud frecuente en el rechazo del positivismo, N. Hoerster estructura su ‘defensa’ de esta idea sobre dos aspectos que intenta demostrar “1. Detrás

¹¹¹ “Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial en la protección de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° XI, 1994, pp. 91-103, pp. 91-94.

¹¹² Por lo demás un Derecho natural no “racionalista”, ver “Cómo tomarse los derechos humanos con Filosofía” y “Para una teoría jurídica de los derechos humanos, *Derechos humanos y Metodología jurídica*, op. cit., pp. 127-148 y 149-168, respectivamente.

¹¹³ Ver OLLERO, A., “La crisis del positivismo jurídico. (Paradojas teóricas de una rutina práctica)”, *Persona y Derecho*, n° 28, 1993, pp. 217- 255, pg. 211. La contrapartida se encuentra en HOERSTER, N., “En defensa del positivismo jurídico”, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 9-27.

del concepto genérico «positivismo jurídico» se esconden efectivamente tesis diferentes, independientes lógicamente las unas de las otras y 2. Cada una de aquellas tesis que realmente son sostenidas por los iuspositivistas modernos se apoyan en buenas y convincentes razones.” Las tesis a que se refiere son la *tesis de la ley* (el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley), la *tesis de la neutralidad* (el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido), la *tesis de la subsunción* (la aplicación del derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones), la *tesis del subjetivismo* (los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva) la *tesis del legalismo* (las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias). De todas éstas, sólo son realmente mantenidas por los positivistas la *tesis de la neutralidad*, y la *tesis del subjetivismo*, que, además, son independientes; todavía, sólo la primera es común a los positivistas (pg.16) y por tanto, añado yo, sólo la primera puede servir para definir el positivismo¹¹⁴. De otra forma, lo característico del positivismo es la asunción frente al derecho de “una actitud a-valorativa y objetiva o éticamente neutral”¹¹⁵.

¹¹⁴ En este sentido NINO, C.S., *Derecho, moral y política...*, op. cit., pg. 20, señala “lo cierto es que el debate entre objetivistas y escépticos en materia moral no puede agotar lo que discuten positivistas e iusnaturalistas. Esto es así, no sólo porque, como dije, hay miembros de ambos bandos que no se adscriben a la posición aparentemente correlativa sobre la naturaleza de la moral, sino porque la mayoría de los contendientes admiten que la cuestión «objetivismo versus escepticismo ético» es diferente de la que constituye el nudo de su controversia, por más que, según sólo algunos de ellos, pueda establecerse alguna relación entre ambas”, las consideraciones que C. S. Nino refiere a la relación escepticismo ético-positivismo jurídico -por otra parte, A. Ollero vincula estos planteamientos-, son, en mi opinión, extensibles al subjetivismo.

¹¹⁵ BOBBIO, N., “Positivismo jurídico”, *El problema del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón, 2ª edición, Fontamara, 1992, el concepto que recojo responde al positivismo como modo de aproximarse al estudio del Derecho, pg. 42. En sentido similar, NINO, C.S., *Derecho, Moral y Política (Una revisión de la Teoría General del Derecho)*, op. cit.. Sobre el concepto de Derecho propio del método positivista, ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, considera que es insuficiente desde la perspectiva del “participante”; en su lugar propone entender como Derecho “un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”, pg. 123. El concepto de ALEXY, R., se separa del positivista en la necesidad de que las normas no sean “extremadamente injustas”, sin embargo, no hay que perder de vista que la definición se refiere a los criterios que utiliza el participante (pg. 31); al participante le interesa, especialmente, a qué normas debe obediencia y éste es un problema distinto del de identificación de lo jurídico para el que creo que es válida la descripción de JORI, M., “I concetti di diritto...”, op. cit. Pese a todo, una perspectiva distinta es la

En cualquier caso, y volviendo con las objeciones de A. Ollero, señalé que, además de simplificar la idea de iuspositivismo, presupone que los derechos humanos son un concepto de Derecho natural. Sin embargo, los derechos humanos aparecen como Derecho cuando son asumidos por normas jurídicas. Digo son asumidos, porque las exigencias a las que el Derecho positivo pretende dar respuesta con la inclusión de catálogos y garantías de derechos preexisten como exigencias; cuestión que no creo que tenga que vincularse necesariamente al iusnaturalismo si no queremos admitir también que las normas de ordenación del tráfico son de Derecho Natural porque obedecen a demandas preexistentes a su incorporación. Es cierto, no obstante, que el Poder está limitado a la hora de decidir qué va a llamar derecho fundamental. Y también es cierto que esa vinculación de los derechos con la ética ha dado pie a nuevas críticas al positivismo que tendremos ocasión de repasar en su momento.

Y también en relación con esta controversia a propósito del carácter ético (o de derecho natural) o jurídico positivo de los derechos, surge el problema de si los derechos fundamentales constituyen un tema de la Teoría del Derecho que remite a su conceptualización como realidades que se sitúan en tres planos: ético, político y jurídico. Si esto es así, entre estos ámbitos, el estudio de Teoría del Derecho, sólo haría referencia al tercero¹¹⁶. Me parece útil adoptar esta perspectiva (a pesar de las

que adopta quien estudia, como observador, el Derecho; el observador que pretende describir fielmente un Ordenamiento, no puede dejar de calificarlo de jurídico si constata que es extremadamente injusto, a menos que proponga una denominación mejor. Un argumento parecido utiliza HOERSTER, N., "En defensa del positivismo...", op. cit., pp. 19-23, "no veo ningún término sustitutivo que pudiera asumir sin mayores problemas la función de un concepto de derecho entendido de una manera valorativamente neutra. Pero, por otra parte, no puede reconocerse ninguna razón por la cual el antipositivista desee transformar necesariamente el concepto de derecho en un concepto valorativo. Ya ahora, sobre la base de un uso perfectamente habitual del lenguaje, al antipositivista se le ofrece una serie de posibilidades para dar expresión a sus intereses valorativos. Puede calificar a las normas jurídicas que le parecen inaceptables por su contenido como injustas, inmorales, infundadas o ilegítimas y, al mismo tiempo, invitar a la resistencia frente a tales normas. ¿Por qué insiste en negarles carácter *jurídico* a estas normas que han sido creadas constitucionalmente dentro del marco de un orden coactivo?" (pp. 22-23). Por su parte, NINO, C.S., *Derecho, Moral y Política...*, op. cit., distingue entre conceptos "descriptivos" (propios de iuspositivismo conceptual) y conceptos "normativos" del derecho (defendidos desde perspectivas iusnaturalistas) para afirmar que el "uso de los conceptos descriptivos de derecho... parece ser apropiado para un observador externo al derecho, mientras que el empleo de los conceptos normativos es aparentemente adecuado para los participantes en la práctica jurídica, como legisladores, jueces y abogados" (pg.43); sólo desde un concepto "descriptivo" se puede admitir la diferencia entre la perspectiva del observador y la del participante (Hart), en tanto el concepto "normativo" presupone asumir la perspectiva del participante (Dworkin).

¹¹⁶ Aunque tratábamos de anunciar en la nota anterior que no puede dejar de tener en cuenta en este ámbito tampoco a los restantes con lo que se oscurece la distinción entre las disciplinas que en un modelo ideal se

controversias) porque una novedad del período de estudio que lo distingue del anterior es que los derechos son Derecho y, por tanto, objeto de la Teoría del Derecho. Sin embargo, también es cierto que no todos los autores que participan en la construcción de las teorías de los derechos fundamentales desde un punto de vista que podemos considerar de Teoría del Derecho manejan un mismo concepto de juridicidad.

Todo ello, constituye una razón poderosa, además, para elegir los trabajos de Teoría del Derecho como los determinantes para su estudio en la cultura jurídica. De los estudios bibliográficos se pueden extraer interesantes consecuencias al respecto¹¹⁷.

Parece que en lo que a la Bibliografía española sobre derechos humanos se refiere, podemos establecer los siguientes momentos. El primero, que abarca desde 1975-1978, es un período en el que empiezan a aparecer trabajos doctrinales sobre el tema que contemplan la posibilidad de que los derechos humanos se integren en el Derecho español. Hasta esta fecha las obras sobre teoría jurídica se refieren al Derecho Internacional y Comparado; no se trata, por tanto, de teorías jurídicas referidas al Estado español¹¹⁸. El segundo período, por su parte, transcurre entre 1978

referirían a cada uno de ellos (Teoría de la Justicia y Teoría Política).

¹¹⁷Con carácter general puede verse POYAL COSTA, A. "Repertorio bibliográfico sobre derechos humanos", *Revista de Derecho Político*, nº34, 1991, pp. 283-325. Interesa por referirse exclusivamente a las publicaciones españolas el informe de ALCOBENDAS TIRADO, M.P., *Bibliografía Española sobre Derechos Humanos 1978-1990*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1991. Aunque la periodificación parte de 1978, el repertorio se inicia en 1975; es desde esta fecha cuando en la "cultura jurídica" empiezan a sentarse las bases que van a dar lugar a la Constitución (ver DIAZ, E., *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1992, en concreto resulta ilustrativo el Capítulo VI, "1969-1975: estancamiento económico e involución política. Crisis total del sistema franquista y recuperación del pensamiento democrático español", pp. 157-199).

¹¹⁸ Antes de esta fecha, resulta obligado mencionar la primera edición del libro de PECES-BARBA, G., *Derechos fundamentales: Teoría General*, es de 1973. La versión de 1976 presenta un esbozo de lo que serían los derechos fundamentales desde la Constitución (para un análisis de su posterior relevancia en el Proceso Constituyente "Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978", *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp.177-200). Existe un trabajo de Sánchez de la Torre, A., Comentario al Fuero de los españoles; *Teoría jurídica de los derechos humanos IV*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1975. La Teoría allí desarrollada es una teoría sobre los derechos contenidos en el Fuero de los españoles; puesto que no parece que puedan llamarse derechos fundamentales sin incurrir en un abuso de la expresión, difícilmente puede tratarse de una "teoría jurídica" de los derechos fundamentales. Las restantes obras de este período - y al margen de las ya referidas sobre Derecho Internacional y Comparado- se dedican al régimen jurídico de un derecho concreto o se refieren más bien a problemas filosóficos y políticos. Así, de 1976 los trabajos de Candelas, J., *Los derechos humanos*, Ayuso, Madrid; la segunda edición del libro de Castán Tobeñas, J., *Los derechos del hombre*, Reus, Madrid, el colectivo *Política y derechos humanos*, Fernando Torres, Valencia y el libro de Peris Gómez, M., *Juez, Estado y Derechos humanos*, también en Fernando Torres.

y 1980 y en él se produce una avalancha de publicaciones oficiales sobre la Constitución y los derechos humanos¹¹⁹.

El tercer período se extiende de 1980 en adelante y en él se encuentra el grueso del material de trabajo. Desde las distintas disciplinas jurídicas se aportan trabajos que pueden servir para un análisis de la Teoría jurídica de los derechos. Nada desdeñable resulta en este momento la tarea del Tribunal Constitucional en cuya doctrina se deja ver la huella de los Magistrados que antes han sido profesores universitarios. Como dato significativo, el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense comienza la publicación de su Anuario en 1981.

El último período, coincide con la década de los noventa y en él se aprecia un fenómeno que ya se hace sentir en la segunda mitad de los ochenta. Aparece así una preocupación por nuevos problemas que hasta estos momentos han sido marginales en la Teoría de los derechos; me refiero a la atención que desde estas fechas merece la necesidad de dar solución a la atribución de derechos a los extranjeros y, muy en relación con el anterior, aparecen las cuestiones de los derechos de las minorías y el respeto a la diferencia. Junto a ellos, destacan por su número y por quebrar hasta cierto punto la concepción 'clásica' de los derechos como límites al poder, los trabajos dedicados al lugar de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Ahora bien, es interesante subrayar cómo al tiempo que como parte de la Teoría del Derecho, el análisis de los derechos fundamentales adopta perspectivas propias de otro de los temas de Filosofía jurídica, la Teoría la Justicia -y de otras disciplinas no específicamente jurídicas-. En este sentido, M. Atienza, señala "como parte importante, en nuestro tiempo, de la axiología jurídica", los "derechos humanos"; este estudio, afirma el profesor de Alicante, "cruzaría una serie de disciplinas científicas y filosóficas: el Derecho constitucional, la *Teoría general del Derecho*, el Derecho

¹¹⁹ Sin ánimo de exhaustividad, ya en 1977, el Ministerio de Educación y Ciencia publicaba la *Declaración Universal de Derechos humanos*. De 1978 es *Educación y Constitución*, también a cargo de este Ministerio. En 1979 la Subdirección General de Estudios y Documentación publica *Libertades Públicas* y el Ministerio de Cultura *Los Derechos Culturales como Derechos Humanos*. Dignas de mención resultan dos obras de 1979, la primera es el número de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, dedicado íntegramente al tema "Derechos Humanos y Constitución española". La segunda es el colectivo *Derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. En ambos se contienen, por vez primera, trabajos sobre la Teoría jurídica de los derechos fundamentales.

internacional, la *Ontología jurídica*, etc.”¹²⁰. De esta opinión del profesor Atienza se pueden extraer dos conclusiones: los derechos humanos constituyen un tema “prioritario” de la Filosofía del Derecho española en 1975¹²¹, y su estudio involucra la Teoría de la justicia (axiología jurídica) con la Teoría del Derecho (ontología jurídica) y con la Ciencia del Derecho (dogmática jurídica)¹²².

Conviene reiterar que el punto de vista de este trabajo se sitúa de forma preferente en la Teoría del Derecho. El tipo de “análisis funcional” realizado desde cada uno de estos puntos de vista será diferente. En la Teoría de la justicia, la función se identifica con el fin de los derechos; en la Teoría jurídica, la función será más bien funcionamiento y actividad de los derechos¹²³; esta acepción se vincula a la

¹²⁰ “Ontología del Derecho versus Metafísica del Derecho”, op. cit., pg.8. La cursiva es mía. También señalan los derechos humanos como tema nuclear de la Teoría de la Justicia, por ejemplo, PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., y FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, también citada. La ubicación tiene que ver con el papel atribuido a los derechos humanos como factor de legitimidad del poder político.

¹²¹ No hay que olvidar el contexto en el que la opinión se vierte: un número monográfico de los *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, en el que los filósofos del Derecho se pronuncian sobre el futuro de su disciplina en nuestro país.

¹²² ATIENZA, M., ya lo vimos, considera que se puede distinguir la Teoría General del Derecho de la “ontología jurídica” -*Introducción al Derecho*, op. cit.- “la teoría general del Derecho es una disciplina que estudia los conceptos generales -o si se quiere, formales- del Derecho, y en este sentido se contraponen a las dogmáticas jurídicas que elaboran conceptos de un menor nivel de abstracción; pero se refiere siempre a *cuestiones internas*, en el sentido de que no “cuestionan” el marco dentro del cual operan. Por el contrario, la ontología o teoría del Derecho se ocuparía de *cuestiones externas*, es decir, de cuestiones que afectan y “cuestionan” el propio marco” (pg. 369). De cualquier forma, nuestro estudio se sitúa en el segundo de los niveles citados. Incluso más allá de las jurídicas, afirma ALEXANDER, R., que no existe “casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos”, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 27.

¹²³ Por la distinción entre Teoría General del Derecho y Filosofía Jurídica que más arriba cuestioné, BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio, metateorico del diritto*, op. cit., pg. 193, considera que la acepción de función propia de la Teoría General del Derecho es la que equivale a funcionamiento, mientras la Filosofía -que equipara a Teoría de la Justicia- alude a “fin”. Al lado de éstas disciplinas, se desarrollaría el estudio de las funciones como efecto que correspondería a análisis sociológicos del Derecho -la distinción coincide con la que atribuíamos en el epígrafe anterior a L. Gianformaggio-, “es en suma, por ejemplo, evidente que el análisis funcional como investigación interna a los fines o a los objetivos o como investigación sobre los efectos sociales del derecho, cuando también vengamos consideradas realizables a partir de premisas normativistas pueden configurar ámbitos de estudio destinados a enriquecer los resultados de la teoría normativa permaneciendo, sin embargo, netamente separados. El análisis funcional como investigación «sobre las modalidades a través de las que el derecho opera» no representa siquiera una aproximación ulterior respecto a la propia de la teoría normativa, sino que parece, más bien, poder entrar en esta de pleno derecho” (la cita que utiliza BORSELLINO, P., corresponde a FERRARI, V., “L’analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici”, op. cit. Más adelante, la autora vincula la acepción “teleológica” de función a la Teoría de la Justicia. Señala que este

consideración del Derecho -de los derechos, en nuestro caso- en sí, sin tener en cuenta las relaciones mantenidas con elementos “externos”¹²⁴.

A pesar de que los límites en ocasiones se difuminan -razón que explica la referencia, siquiera sea somera, que en ocasiones es obligado realizar a ciertos aspectos que normalmente se incardinan en la Teoría de la Justicia (crítica a los sistemas de legitimidad) y por tanto a la función en cuanto “fin” de los derechos-, el objeto del trabajo son las teorías de los derechos fundamentales de la Constitución española, porque anuncié que los derechos fundamentales se entienden como la ‘versión constitucional de los derechos humanos’.

R. Alexy distingue a su vez las teorías de los derechos fundamentales de un texto constitucional concreto (la Ley Fundamental en su caso, la Constitución en el nuestro) de “teorías histórico-jurídicas” y “teorías teórico-jurídicas” y de las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados. En mi opinión, mientras son claras las diferencias entre quienes teorizan sobre los derechos vigentes en un territorio y quienes adoptan como punto de partida derechos vigentes en otro momento o en otro lugar; no es tan fácil mantener la posibilidad de distinguir entre una teoría jurídica de los derechos vigentes y una “teoría teórico-jurídica” que parta de los modelos presentes en el contexto en que quiere ser útil. La dificultad es aún mayor cuando se reconoce -como por otra parte reconoce el profesor Alexy- que “una conexión con las teorías teórico-jurídicas resulta, por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras posibles y necesarias de los derechos fundamentales, es decir, de una teoría formal general de los derechos fundamentales” y que el hecho “de que determinados derechos fundamentales tengan vigencia significa que están dadas todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales”, de forma que “una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede

sentido de función como fin sólo es tenido en cuenta por la Sociología jurídica de forma reciente, mientras tradicionalmente ha sido subrayada la carga axiológica de “fines del Derecho” por la que parece encontrar mejor acomodo en el discurso que vincula el Derecho con la ética y la política, “la ubicación más adecuada en discursos éticos y políticos de orientación prescriptiva y valorativa, como los de la filosofía política y la teoría de la justicia, sobre todo en el caso del derecho, aquí se refiere, como según algunos intérpretes haría Bobbio, no tanto a la función de las prescripciones e institutos individuales cuanto a la función del derecho como sistema normativo complejo” (pg. 213).

¹²⁴ BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, op. cit., pg. 214.

beneficiarse, por una parte, de los conocimientos teórico-jurídicos y, por otra, contribuir a ellos a través del análisis de su materia”¹²⁵. En suma, se reproducen en este aspecto los problemas que ya apunté al hilo de la distinción entre la Teoría del Derecho y la Teoría General del Derecho.

Por otra parte, el autor caracteriza su teoría jurídica de los derechos fundamentales como una teoría analítica, empírica y normativa y hace especial incidencia en la primera de estas dimensiones. En su opinión “si hay algo que puede librar, al menos en parte, a la ciencia de los derechos fundamentales, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo, ello es, sobre todo, el trabajo en la dimensión analítica”¹²⁶. Desde esta perspectiva es desde la que afirma que la teoría jurídica de los derechos fundamentales debe ser primordialmente una teoría estructural, afirmación que aparece hasta cierto punto en contradicción con el carácter funcional que predicamos de los estudios españoles sobre este objeto.

Paso así a la caracterización de la teoría española de los derechos fundamentales para valorar en qué medida la contradicción existe; fundamentalmente utilizaré en la exposición los argumentos del profesor Peces-Barba por ser este autor quien conscientemente elabora una teoría jurídica de los derechos fundamentales.

Desde una idea próxima a la de R. Alexy cuando afirma que la teoría de los derechos está necesitada de trabajos en la dimensión “analítica”, el profesor Peces-Barba, señala que la aproximación estructural a los derechos fundamentales resulta

¹²⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 28.

¹²⁶ *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., pg. 45. Y continúa, “si a esto se agrega que en la dimensión analítica de la ciencia del derecho son posibles conocimientos que, primero, no pueden ser sustituidos por conocimientos de ninguna otra ciencia y, segundo pertenecen a los conocimientos más seguros de la ciencia del derecho, hay entonces razones suficientes para designar y practicar la consideración sistemático-conceptual del derecho como *opus proprium* de la ciencia del derecho”. En nuestro país, como decía, los estudios “teóricos” sobre derechos fundamentales han mantenido una perspectiva predominantemente filosófica. Quizá el problema sea terminológico, pues ALEXY, R., incluye en la Ciencia del Derecho junto a la analítica (que en el ámbito de los derechos fundamentales subraya por las razones anteriormente expuestas) las dimensiones empírica y normativa -ver además *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 240 y ss-. La dimensión empírica o “empírico-descriptiva” comprende la descripción del Derecho vigente -que no se agota, ya lo vimos, en los conceptos de derecho y validez del positivismo jurídico-, la dimensión “analítico-lógica” consiste en el análisis sistemático conceptual del derecho vigente, y la dimensión práctico-normativa o prescriptiva consiste en la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos.

original¹²⁷. No obstante, el profesor español propone una combinación de análisis estructurales y funcionales para una adecuada comprensión de los derechos fundamentales. En opinión de G. Peces-Barba, el predominio del punto de vista funcional puede deberse a la influencia de la tradición contractualista en la fundamentación de los derechos. Considero que en nuestro país y hasta la transición, la escasez de análisis estructurales de los derechos obedece, además, a que éstos sólo existen como reivindicación. Ya en los setenta y especialmente desde la promulgación de la Constitución Española se multiplican los trabajos que tienen en cuenta los derechos como “estructuras jurídicas”. Sin embargo, estos trabajos siempre presuponen una determinada postura sobre la función de los derechos en el Estado y en el Derecho a la que se subordinan las conclusiones sobre la estructura.

Esa primacía de la función sobre la estructura en la conceptualización de los derechos fundamentales se ve acentuada con la evolución de éstos que lleva a hablar de “sucesivas generaciones de derechos”. Así no existe una estructura homogénea que nos permita identificar cuándo una norma es de derecho fundamental, más bien será necesario atender a determinaciones funcionales. En esta línea, L. Prieto considera que el criterio formal de identificación de los derechos (el profesor Prieto se refiere a “fundamentalidad como resistencia”) corre el riesgo de incurrir en positivismo ideológico si no se complementa con el necesario respeto de una noción común de carácter “teleológico y funcional”. Precisamente por adquirir esta noción un carácter funcional podemos afirmar que la Teoría de los derechos también es funcional¹²⁸.

Derechos fundamentales es el término que utiliza la Constitución Española para referirse a su versión de la realidad que en el lenguaje coloquial denominamos derechos humanos. Los autores españoles no entienden derechos fundamentales de forma homogénea. Puesto que en este caso, a diferencia de lo que sucedía con el concepto de Derecho, la polémica conceptual sí afecta directamente al objeto del trabajo, considero

¹²⁷ “Hemos estudiado la estructura de los derechos, como normas jurídicas, en el subsistema de los derechos fundamentales. Probablemente sea una aproximación original en este ámbito, pero no lo es en general en la Teoría del Derecho, donde los puntos de vista estructurales, formales y desligados de la base social, realidad social y cultural, y del horizonte moral, moralidad crítica, culminan con la obra de Kelsen”, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pg. 413.

¹²⁸ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 20,

conveniente poner de manifiesto las distintas acepciones presentes en nuestra cultura jurídica. Una vez más, la opción estará en relación con el objeto que, ya precisé, es la teoría jurídica desarrollada en relación con y a partir del modelo que incorpora la Constitución y que tiene distintas interpretaciones.

A. E. Pérez Luño divide en tres grupos los usos que la doctrina en general realiza de derechos fundamentales¹²⁹. En primer lugar, algunos autores utilizan la expresión para referirse a los derechos humanos positivizados en las constituciones estatales; otros designan con ella los principios que contienen la cosmovisión que inspira cada ordenamiento; y unos terceros aluden a “la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos públicos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho”; y por último, cita a G. Peces-Barba, para quien derechos fundamentales significa una realidad de naturaleza ambivalente por ser traducción de las exigencias éticas que suponen los derechos humanos. Este análisis, que el profesor Pérez Luño realiza de forma preferente sobre los términos que traducidos dan lugar a derechos fundamentales¹³⁰, no sirve para dar cuenta de las distintas perspectivas desde las que los autores españoles interpretan la figura en la Constitución.

El alcance diferente que los autores dan a la expresión constitucional obedece - además de a las cuestiones que veremos en relación con el punto de vista externo- a distintas interpretaciones de ‘fundamentalidad’¹³¹. Se pueden distinguir tres grandes

¹²⁹“Delimitación conceptual de los derechos humanos”, *Derechos humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*, edición a cargo de A. E., Pérez Luño, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pp. 13-45.

¹³⁰ La referencia a la doctrina extranjera para comprender el significado del término constitucional español no se entiende muy bien; más cuando la referencia a G. Peces-Barba que, por lo demás, fue ponente constitucional, no es sino marginal. Por otra parte, los resultados de la definición *lexical* de la traducción de un término deben matizarse, especialmente cuando el término en cuestión está teñido de connotaciones culturales -como es el caso de “derechos humanos”.

¹³¹No se trata de reflejar la polémica sobre si “derechos fundamentales” es un sinónimo de “derechos humanos” o no. No obstante, conviene apuntar que, en lo que a la cultura jurídica española se refiere, entienden que son intercambiables ATIENZA, M., “Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico”, *Política y derechos humanos*, Fernando Torres, Valencia, 1976, pp. 15-31 y especialmente “Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº2, 1979, pp. 123-132 -que, no obstante, es muy crítico con la expresión- y FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, op. cit.,; FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, 5ª edición, Ed. Areces, Madrid, 1986 y PECES-BARBA, G., por todas *Curso de derechos fundamentales*, op. cit.,. Mantiene la distinción LUCAS, J.

modelos: en sentido axiológico (los derechos son fundamentales por su vinculación con la idea de Dignidad, esto es, por su lugar en la jerarquía de valores), en un sentido a la vez axiológico y jurídico (la fundamentalidad se la da a los derechos tanto su conexión con la Dignidad cuanto el lugar que en virtud de ésta les es atribuido en el Ordenamiento) y en sentido jurídico (los derechos son fundamentales por su lugar en la jerarquía normativa)¹³². Un sentido axiológico y, por tanto, ajeno al Derecho positivo, es el que adquiere el adjetivo en Eusebio Fernández. Detenernos en esta acepción excede de los objetivos del presente apartado que pretende estipular un sentido de “derechos fundamentales” adecuado para describir la “teoría jurídica de los derechos fundamentales”. Esta perspectiva es la que veremos representada en los defensores de los derechos morales.

Entre los autores que defienden la segunda de las concepciones aludidas, destacan G. Peces-Barba y A. Fernández-Galiano. Tanto uno como otro, consideran que los derechos a que nos referimos son fundamentales por su valor y por su jerarquía jurídica; sin embargo, la juridicidad de que habla el primero de los profesores citados viene referida al Derecho positivo, mientras el segundo se refiere a una jerarquía de Derecho natural.

Para G. Peces-Barba la expresión refleja “la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y en instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades”¹³³. A lo largo del *Curso* aparece un tercer elemento, la realidad social, que no es tenido en cuenta en esta definición y que desempeña un

DE, “Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos”, *Derechos humanos*, edit. J. Ballesteros, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13-22, PÉREZ LUÑO, A.E., por todas, *Derechos fundamentales*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, y PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990. Se verá que no guarda relación con las interpretaciones del término.

¹³²Una cuarta acepción que parece mantener PÉREZ LUÑO, A.E., entendería fundamentales en sentido “político”. Este autor, tras el análisis mencionado, considera conveniente reservar “derechos fundamentales” para los derechos humanos que alcanzan el rango de Derecho positivo. La denominación entonces, “responde a su carácter *básico o fundamentador* del sistema jurídico político del Estado de Derecho, *Derechos fundamentales*, op. cit., pg. 47.

¹³³ *Curso de Derechos fundamentales*, op. cit., pg. 37.

papel nada desdeñable a la hora de delimitar qué derechos se incluyen entre los fundamentales. Si reelaboramos la interpretación que el profesor Peces-Barba hace del término constitucional, nos encontramos con que son derechos fundamentales, aquellas exigencias éticas derivadas de la idea de dignidad que el Poder Político decide incluir en la Constitución como derechos subjetivos y resultan viables teniendo en cuenta las condiciones materiales en que las normas que los contienen están llamadas a hacerse eficaces¹³⁴. De este modo, no basta la inclusión en el catálogo correspondiente para decir que un derecho subjetivo contiene un derecho fundamental; no se trata sólo de que el Ordenamiento que acoge el derecho debe ser un Estado de Derecho (restricción que forma parte del significado mismo de la palabra), además, la norma que lo contiene debe ser traducción de una exigencia ética de dignidad y, por último, la escasez no debe hacer imposible su generalización¹³⁵; así, la propiedad y del derecho al trabajo son impropriamente considerados derechos fundamentales por la Constitución. Frente a lo mantenido en obras anteriores, los derechos fundamentales no son un concepto de Derecho positivo -si por tal entendemos el conjunto de normas válidas en un territorio-; como, por otra parte, tampoco es un concepto de Derecho positivo el del Estado de Derecho. Si la norma que contiene el derecho no puede ser eficaz, no estamos ante un derecho fundamental.

El profesor Prieto, por el contrario, entiende que la “fundamentalidad” se refiere al lugar que los derechos ocupan en la jerarquía normativa. El concepto de derechos fundamentales depende de las determinaciones del Derecho que los contiene; de otra forma, los criterios de identificación de los derechos fundamentales se encuentran en el propio Ordenamiento. Existe, sin embargo, una noción común que viene a desempeñar el mismo papel que el “concepto filosófico” de Derecho en el razonamiento del jurista positivo. Esa noción común condiciona la posibilidad de hablar de derechos

¹³⁴ Un desarrollo de los distintos elementos de la concepción ‘trialista’ se encuentra en “Concepto de derechos fundamentales y problemas actuales”, *Derechos y Libertades*, nº1, 1993, pp. 76-86, pg. 79.

¹³⁵ Frente al concepto que G. Peces-Barba defiende en *Derechos fundamentales* (que cito por la 4ª edición, U. Complutense, Madrid, 1986), aparecen en el *Curso de derechos fundamentales*, una mayor vinculación de los derechos a la idea de Constitución y la introducción de la “realidad social” en el concepto. Consideraciones extrajurídicas aparecen también a la hora de caracterizar el subsistema que, a su entender, constituyen los derechos fundamentales.

fundamentales con sentido¹³⁶, y está constituida por el contenido mínimo de la expresión que los señala como “el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas aspiraciones importantes de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad” asumiendo, así “una cualidad legitimadora del poder”¹³⁷.

En definitiva, los derechos fundamentales en L. Prieto son una categoría jurídica. Pero además se trata de una categoría jurídica del Derecho español; los “derechos fundamentales” desempeñan la misma función que los “civil rights” ingleses, las “libertés publiques” francesas y los “derechos humanos” de los textos internacionales, pero desde un punto de vista que podemos llamar “interno”, no estamos ante figuras idénticas¹³⁸.

Como L. Prieto, entiendo por derechos fundamentales la versión presente en la Constitución española de esa noción común que, en general, constituye el contenido mínimo de “derechos humanos”¹³⁹. En esa noción común encontramos la referencia que nos permite enjuiciar hasta qué punto las distintas teorías resultan útiles como modelos adecuados de explicación de la versión constitucional.

No obstante, aun desde ese ‘núcleo de certeza’ las posturas son muy diferentes dependiendo de las opciones de los autores en el punto de vista externo, que hacen referencia al modelo de convivencia política que consideran más adecuado, y en el punto de vista interno, que tiene que ver fundamentalmente con el concepto de Derecho. Nuestro objetivo, en este caso, será identificar los distintos esquemas de interpretación que constituyen otras tantas teorías de los derechos fundamentales.

¹³⁶ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 88.

¹³⁷ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 19. Es de notar, que esta noción común introduce restricciones en cuanto a la función que eso que el Poder decide llamar “derechos fundamentales” debe desempeñar.

¹³⁸ Vid. *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 76.

¹³⁹ Tampoco esa noción común es “común” a los autores españoles. Muy al contrario, es rechazada por quienes intentan recuperar el “iusnaturalismo tomista” que se agrupan en torno a *Persona y Derecho*.

2. Las funciones de los derechos fundamentales.

En un artículo que precisamente lleva por título “Análisis funcional de los derechos fundamentales”, el prof. Pérez Luño advierte del desplazamiento del interés en los estudios sobre derechos fundamentales desde los problemas “conceptuales y de contenido” al análisis de “su relevancia en los sistemas constitucionales”¹⁴⁰. En opinión del profesor de Sevilla, la mutación en la teoría de los derechos es paralela a la producida en la Teoría del Derecho -a la que ya he hecho referencia- en la que desde los años setenta predomina el análisis funcional sobre el estructural. El “análisis funcional” característico en materia de derechos fundamentales se define en términos muy amplios por este autor; básicamente, vendría a ser el interés por la dimensión operativa de los derechos y libertades¹⁴¹. Ahora bien, una noción tan genérica de análisis funcional, resulta insuficiente para comprender el alcance de la hipótesis común al artículo del profesor Pérez Luño y a este trabajo de que la teoría española de los derechos fundamentales desde los setenta se destaca por la prevalencia del análisis funcional sobre el estructural.

Para que esta afirmación sea significativa es preciso delimitar a qué nos referimos cuando hablamos de análisis funcional de los derechos fundamentales, tarea que requiere precisar el uso de “derechos fundamentales” y de “análisis funcional” que en este ámbito será “análisis funcional del Derecho”. Por esta razón, conviene recordar aquí algunas conclusiones que se avanzaron en el apartado sobre la Teoría jurídica.

Allí nos referíamos al objeto y al método de la disciplina, y al hilo de estos problemas intenté presentar las cuestiones que surgen en torno a dos de los asuntos que L. Gianformaggio considera conexos al tema de las funciones del Derecho, el concepto de Derecho y el concepto de función. Queda, según el esquema de trabajo propuesto por esta autora, la referencia a ‘del’. En opinión de L. Gianformaggio, ‘del’ puede venir

¹⁴⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., “Análisis funcional de los derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Humanos*, nº5, 1988-89, pp. 177-202, pg. 184.

¹⁴¹ En el artículo citado, se señalan como estudios de los derechos fundamentales desde este punto de vista que el prof. Pérez Luño considera predominante en nuestra cultura jurídica los de P. Häberle (sincrónico) y E. Denninger (diacrónico), N. Luhmann (descriptivo) y R. Dworkin (prescriptivo), H.P. Schneider (balance) y C. Lavagna (prospectivo).

referido a una parte que funciona dentro del Derecho o al Derecho como categoría, aunque no sea -no lo es en nuestro caso- el Derecho en su conjunto. En el primer caso, el Derecho aparece como dato, en el segundo, Derecho es el problema¹⁴².

Cuando el Derecho aparece como dato y, por tanto, el concepto le viene dado al investigador, cabe la posibilidad del análisis empírico; no sucede lo mismo cuando el Derecho -la categoría Derecho- es el problema. En ese primer caso, las funciones del Derecho pueden ser descritas empíricamente, se trata de analizar los efectos sociales del Derecho. En este significado, las funciones son el “resultado” querido o no del Derecho.

Si, por el contrario, en las funciones del Derecho, el Derecho es “problema”, el concepto de Derecho dependerá de las funciones que se le atribuyan. Este es el discurso funcional que desarrolla Bobbio en *Dalla struttura alla funzione*. Las funciones del Derecho se refieren al fin o a los fines del Derecho y su determinación se sitúa en los dominios de la Teoría de la Justicia. En Teoría del Derecho, el discurso también pasa a ser un discurso sobre el Derecho que “debe ser”, pero en el sentido del más adecuado para los fines propuestos. De este modo, deviene discurso sobre la técnica y “se desarrolla en un análisis que es ya siempre un análisis estructural”¹⁴³.

De las posibilidades que señalé en su momento, los análisis teóricos del Derecho (por extensión, de los derechos) van a referirse a “función como fin” para disolverse en la última de las acepciones citadas, “función como actividad” y en esta última acepción, función aparece estrechamente relacionada con estructura. Así, la Teoría del Derecho se mantiene de forma predominante en este segundo plano.

No obstante, el discurso sobre el funcionamiento se subordina claramente al

¹⁴²GIANFORMAGGIO, L., “Funzione o tecnica? Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione”, op. cit., pp. 71-91, pg. 73. “¿En qué sentido “del derecho” se pueden querer analizar las funciones? A mi me parece que en dos sentidos que deberían ser siempre diferenciados. Se puede por tanto preguntar, en un primer sentido, cuáles sean las funciones de ciertos institutos, o de una nueva ley, o de una vieja normativa cuya reforma está en discusión, o se puede interrogar por la función respectiva del derecho penal y del derecho civil y de todas las otras ramas del derecho, etc., Y se puede en definitiva, en un segundo sentido, interrogar por las funciones de “el derecho” entendido como una unidad, de todo el derecho, del derecho como categoría, o como subsistema del sistema social comprensivo. A esta segunda pregunta la respuesta la dan al tiempo igualmente ... Hobbes y Luhmann; no la da evidentemente una sociología empírica del derecho”.

¹⁴³ GIANFORMAGGIO, L., “Funzione o tecnica. Considerazioni provvisorie sulla dottrina della repressione”, op. cit., pg. 76.

discurso sobre el “fin” en la teoría de los derechos. Con todo ello, se puede decir que cuando hablamos de los derechos tal y como los entiende la teoría jurídica española, con función nos estamos refiriendo a dos cosas. En primer lugar, la “finalidad” de su incorporación al Ordenamiento, estamos adoptando lo que podemos llamar un punto de vista externo desde el que los derechos se orientan a la legitimidad del poder a través de la protección del individuo¹⁴⁴. Pero también podemos atender a la “función de los derechos en el Derecho”, Con este punto de vista interno, el problema se desplaza del “fin” a los “medios”. Lo característico de los derechos es satisfacer aquella función del punto de vista externo funcionando de una forma determinada: como criterios ordenadores del sistema y, en principio, como derechos subjetivos. A su vez, los teóricos del derecho proponen determinadas formas o estructuras en que los derechos deben aparecer para “funcionar” correctamente desde el punto de vista del fin de la legitimidad del poder a través de la protección del individuo.

Es precisamente esa inversión lo que caracteriza nuestra Teoría de los derechos fundamentales. Ya no se trata de identificar los derechos por su estructura, en lo que a ellos se refiere es particularmente cierto que la estructura jurídica aparece individualizada por su función. Así, no es exclusivo de los derechos formar parte de la Constitución, ni ser normas principiales o adoptar la forma de derechos subjetivos; pero sí que estas formas se ordenen a conseguir determinadas funciones en el conjunto del Ordenamiento y en la relación del Ordenamiento con la sociedad.

2.1. Las funciones de los derechos desde el punto de vista externo.

Cuando hacemos referencia a las funciones de los derechos en el punto de vista externo, nos referimos a las finalidades que se atribuyen a éstos en relación con el conjunto del sistema Político y Social. Desde este punto de vista, se pone de manifiesto que los derechos enlazan con la Ética y con la Política. A pesar de que en este trabajo se

¹⁴⁴ Conjugo aquí las dos perspectivas a que se refieren Bobbio y Ferrari, “ex parte principis” y “ex parte populus”. FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, op. cit., pp. 216-219, y “L’analisi funzionale del Diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici”, op. cit., pp. 37-55.

va a prestar una mayor atención a los derechos en cuanto aparecen en el Derecho, conviene subrayar que la interpretación de las normas que los contienen depende en buena medida de las opciones previas y, por tanto, de la concepción de los derechos en el punto de vista externo.

En el punto de vista externo, desde las estipulaciones terminológicas que hemos realizado, los derechos aparecen como derechos humanos y, en ese sentido, como el fundamento de las categorías jurídicas. Conviene advertir, pues, que la distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo sólo tiene sentido desde una concepción del Derecho que sea capaz establecer una distinción entre Derecho y Moral y que, por ello, sea positivista. En los autores no positivistas se hace difícil independizar ambos puntos de vista.

En este trabajo, la definición de los dos puntos de vista se aproxima a la que establece L. Ferrajoli. El punto de vista interno es el punto de vista 'jurídico' y la referencia al punto de vista externo se utiliza para aludir a la perspectiva 'ético-política'¹⁴⁵. Las diferencias entre el uso que el autor hace de la distinción y el que aquí se propone obedecen fundamentalmente en que para Ferrajoli se presenta como parte de una Teoría General del Garantismo que afecta a la Filosofía Política y que supone entender el Estado como instrumento al servicio de 'los derechos vitales de los ciudadanos'¹⁴⁶, mientras al incorporarlo a este trabajo intentamos ordenar una serie de temas que surgen en relación con la Teoría de los derechos desde una opción previa por un planteamiento respetuoso con la separación entre Derecho y Moral que es a la vez el elemento por el que se define el positivismo metodológico y "el principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo"¹⁴⁷.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y Rocío Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, utiliza la distinción entre el punto de vista interno y el punto de vista externo de la legitimación, pp. 853-854, "...la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del Estado...En un doble sentido: porque el punto de vista externo es el de abajo o *ex parti populi*, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o *ex parte principis*; y porque el primero es el que expresa los valores extra- o meta- o prejurídicos "fundamentales", o sea, los intereses y las necesidades "naturales", -individuales y colectivas- cuya satisfacción representa la justificación de esas cosas "artificiales" que son las instituciones jurídicas y políticas".

¹⁴⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón...*, op. cit., pp. 853.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón...*, op. cit., pg. 854..

Por otra parte, en relación con este tema, identificaremos -del mismo modo que en el punto de vista interno- una función subjetiva y una función objetiva. La segunda tiene más que ver con la vertiente política mientras que en la primera se pone de manifiesto el carácter ético de los derechos. Así, como elementos políticos, se dice que los derechos desempeñan una función de legitimidad del poder y en tanto conceptos éticos son los elementos en que se pone de manifiesto la exigencia de respeto a la Dignidad Humana y aparecen como elementos de protección del individuo.

De cualquier forma, conviene resaltar que desde una concepción del Estado como fin, se produce una funcionalización de los derechos al servicio de la legitimidad y, en ese sentido, de la Ética a la Política. Desde la concepción del Estado como medio, los derechos aparecen como el objetivo de la organización política. Para el primer modelo, el reconocimiento de derechos tendrá como objetivo reforzar el poder, mientras para el segundo, es el poder el que adquiere sentido desde el punto de vista de un mejor servicio a los objetivos de los derechos.

He de decir que sólo estas últimas resultan coherentes con la mentalidad de los derechos puesto que sólo ellas son capaces de dar lugar a una teoría compatible con lo que hemos considerado 'núcleo de certeza' de la expresión . No obstante, tendremos ocasión de analizar cómo han surgido un conjunto de posiciones intermedias fruto en parte de la crítica 'comunitarista' y en parte de la crítica 'socialista' al modelo liberal, que desde la idea del Estado como medio y desde la asunción de un concepto de Estado comprometido con la garantía y el desarrollo de la Dignidad, plantean la ausencia de conflicto entre Ética y Política. Son las teorías de la 'bondad estatal' del Estado de Derecho que también niegan la inexistencia de contraposición entre objetivos generales y derechos individuales y, a partir de ahí, pasan a entender los derechos más que como elementos de protección de la Dignidad como elementos de integración en el Estado protector.

No se puede decir sin más que estas teorías no formen parte del 'núcleo de certeza', sin embargo, sí es cierto que con ellas se produce un cambio en el modo de configurar los derechos que permite hablar de un 'cambio de paradigma'. Si hasta este

momento la ideología de los derechos era la ideología liberal, en adelante, junto a ella aparece lo que vamos a denominar 'ideología solidaria'. Pues bien, quizá desde la segunda se explique mejor la concepción dominante en la cultura jurídica española aunque no sé si siempre es la más respetuosa con el significado de los derechos como elementos que se orientan a la protección del individuo y con la concepción de la política como medio. Se hace difícil, en relación con ella, el equilibrio con el individualismo ético. A lo largo del capítulo he estipulado un concepto de función adecuado para dar cuenta del tipo de análisis propio de la Teoría del Derecho. En aquel apartado, me referí a la existencia de dos posibilidades, "como fin" -propio de la Teoría de la Justicia"- y "como actividad" -más útil a la Teoría del Derecho"- . Estas acepciones quedaban referidas al punto de vista externo y al punto de vista interno, respectivamente. También afirmaba entonces que, en este aspecto, la Teoría de los derechos subordina el discurso sobre la estructura, al discurso sobre el fin; lo que supone que las funciones de los derechos en el punto de vista interno, dependen de una opción en el punto de vista externo; y ello tanto en el ámbito "de Derecho positivo" cuanto en las propuestas "teóricas"¹⁴⁸.

En el Derecho, los derechos aparecen como medios que se ordenan a la consecución del objetivo último de convertir el Poder Político en instrumento al servicio de la dignidad humana. De modo que, en el punto de vista externo, parece que sólo una teoría que ponga en primer lugar el aspecto subjetivo resulta compatible con la idea de derechos fundamentales. Las afirmaciones de los derechos desde la idea de la primacía de la 'legitimidad' constituyen usos ideológicos -en el peor sentido- de la categoría y normalmente no se realizan desde la defensa simultánea del Estado de Derecho y de la democracia. Así pues, la 'finalidad política' de los derechos debe orientarse por el entendimiento de éstos como elementos éticos para poder hablar de

¹⁴⁸ BÖCKENFÖRDE, E.-W., Teoría e interpretación de los derechos fundamentales, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J.L. Requejo e I. Villaverde, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 44-71, propone la necesidad de encontrar la teoría de los derechos presente en la Ley Fundamental de Bonn para, a partir de ahí, proceder a una interpretación adecuada de éstos. En el mismo sentido, PÉREZ-LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, pg. 296, "los derechos fundamentales entrañan, y presuponen, en suma, una determinada filosofía jurídico-política que se refleja en su interpretación. De ahí que la labor hermenéutica tendente a concretar el alcance del sistema constitucional de los derechos fundamentales se halle condicionada por las prescripciones que le sirven de base".

‘legitimidad’. Interesa subrayar esta idea porque desde ella se pone de manifiesto que antes de la Constitución, en España, cuando se hablaba de derechos en relación con el Derecho positivo se hacía desde ese otro punto de vista desde el que gracias a la carga emotiva del término se instrumentalizaban al servicio de la ‘legitimación’.

Cuando aquí atribuimos a los derechos fundamentales una función objetiva en el punto de vista externo, estamos partiendo de la idea de que el reconocimiento de los derechos tiene consecuencias en relación con el tipo de Estado que, en la medida en que estemos aceptando la mentalidad coherente con éstos, tiene por objetivo un mayor desarrollo de la dignidad.

2.2. Las funciones de los derechos desde el punto de vista interno.

El punto de vista interno es el de los derechos fundamentales en el Ordenamiento. Desde esta perspectiva, aparecen como Derecho y, en este sentido, la legitimidad se presenta como legalidad¹⁴⁹. Se puede decir que si en el punto de vista externo son criterios de legitimidad, en el punto de vista interno se convierten en criterios de validez¹⁵⁰.

Por otra parte, dijimos que las teorías conforme a las cuales la protección de los derechos otorga legitimidad al Poder, parten de la instrumentalización del Estado al servicio del individuo; esto es, los derechos legitiman al poder porque sirven para la protección del individuo. Ello supone que en el Derecho los derechos deben articularse del modo en que mejor satisfagan aquel fin del punto de vista externo. Ya apuntamos en otro lugar que la aparición de los derechos en el Derecho y como objeto de la Teoría del Derecho caracteriza el período de estudio. En este punto parece

¹⁴⁹ Se trata de la ‘legitimidad legalizada’ a que alude DIAZ, E., y que hace que “las normas que se ajustan en su origen y en su ejercicio a tal legalidad puedan considerarse, en ese sentido, pero sólo en él, como legítimas”, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pg. 54.

¹⁵⁰ Ver la referencia anteriormente citada de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 853-854.

conveniente distinguir entre los trabajos de Teoría jurídica que toman como objeto los derechos fundamentales en una perspectiva “estática” y aquellos otros en los que el interés recae sobre la perspectiva “dinámica”¹⁵¹. Los primeros se ocupan por la “forma” en que los derechos aparecen y no se alejan de la perspectiva “clásica” de la Teoría formal del Derecho; los segundos, sin embargo, se interesan por el funcionamiento y se incluirían en esa nueva Teoría del Derecho que he calificado frente a la anterior como funcional (aunque el concepto de función es el que definimos como propio de la Teoría del Derecho que podría traducirse como funcionamiento, actividad o técnica, con lo que el análisis no deja de ser estructural)¹⁵².

En el ámbito de estos últimos trabajos suele distinguirse entre la función objetiva y la función subjetiva de los derechos. Cuando se atribuye a los derechos una función objetiva y una función subjetiva en el conjunto del Ordenamiento jurídico estamos interesándonos por su “funcionamiento”, y así se presentan tanto como criterios de ordenación del sistema cuanto como elementos de salvaguardia del individuo. Ahora bien, este análisis resulta incompleto si no se preocupa por las formas que asumen o que deberían asumir los derechos para el cumplimiento de aquellas funciones.

Al estudio de las aportaciones que en este sentido realizan los autores españoles se dedicará el trabajo en lo sucesivo. En los siguientes capítulos intentaré perfilar el significado que adquiere en nuestra cultura jurídica la atribución a los derechos fundamentales de una función objetiva y una función subjetiva.

En principio, puede afirmarse que lo anterior supone defender que los derechos funcionan en el Ordenamiento de dos maneras. En primer lugar como criterios de ordenación (función objetiva), y, en segundo lugar, como técnica al servicio de la protección del individuo (función subjetiva). A pesar de que suele identificarse función objetiva de los derechos con el papel de éstos en cuanto criterios de validez,

¹⁵¹ La distinción ‘estático’-‘dinámico’ a que aquí me refiero, no tiene que ver con la consabida dicotomía kelseniana. Ver KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., pp. 203-205.

¹⁵² Es la Teoría del Derecho que PECES-BARBA, G. denomina “estructural-funcional”, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pg. 265, y que surge de la insuficiencia de la teoría formal -ver Introducción- que se hace, si cabe, más patente en lo que a los derechos fundamentales se refiere .

debemos ser conscientes de que el alcance de criterios de validez dependerá de la Teoría del Derecho desde la que se afronte el estudio, por lo que me parece menos comprometido hablar de “criterio de ordenación” del sistema. Con ello quiero hacer referencia a la idea de que los derechos condicionan la unidad, plenitud y coherencia del Ordenamiento desde el momento en que se convierten en normas ‘superiores’ que deben ser tenidas en cuenta en cualquier acto de creación o aplicación del Derecho. En este sentido, el conjunto de consecuencias provocadas por la asunción de los derechos fundamentales de ese carácter objetivo se puede llamar ‘efecto de irradiación’.

Cuando el aspecto que interesa de los derechos es el de su funcionalización al servicio de la protección del individuo se suelen relacionar con los ‘derechos subjetivos’. Sin embargo, también en este punto es preciso hacer numerosas puntualizaciones antes de las cuales considero preferible no prejuzgar la estructura de los derechos. Posiblemente, si estableciésemos ya una vinculación entre los derechos fundamentales y los derechos subjetivos, induciríamos a pensar que en la teoría jurídica española sólo son auténticos derechos fundamentales los contenidos en la Constitución bajo la rúbrica *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas* cuando no existe al respecto una opinión unánime. No obstante, algunos autores adelantan esa vinculación entre función subjetiva y derechos fundamentales como ‘derecho subjetivo’.

3. las funciones de los derechos fundamentales en el punto de vista externo.

La perspectiva del punto de vista externo es la que predomina en el momento de la aparición histórica de la Filosofía de los derechos humanos. Para el profesor Peces-Barba, sólo desde el 'tránsito a la modernidad', el concepto de 'dignidad humana' -que ya estaba presente- se vincula con el individualismo y con la separación de 'lo público' y 'lo privado' adquiriendo una dimensión política. De este modo pasa a ser una exigencia frente al poder que se articula en forma de derechos fundamentales¹⁵³. Las distintas versiones del contractualismo liberal, justifican la necesidad del poder político por una parte en su capacidad para dotar de eficacia a los derechos fundamentales cuyo reconocimiento es, precisamente, el que lo hace digno de obediencia, o, de otra forma, el que lo convierte en legítimo y, por otra (que se presenta precisamente como la consecuencia de la posesión de esos derechos naturales) en encontrar su origen en el consentimiento libre de los que serán por él gobernados¹⁵⁴.

La Constitución Española de 1978 inicia en nuestro Estado una nueva forma de legitimidad que viene a sustituir a la existente durante el franquismo. Frente a la situación anterior, la adhesión al Poder no se justifica en la tradición o en el carisma del Jefe, sino en elementos que tienen que ver con otro tipo de legitimidad más

¹⁵³ PECES-BARBA, G., "Derechos fundamentales", *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 321-362, pg. 327. Ver también *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982 y "Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales", *Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII en Historia de los derechos fundamentales*, tomo I, dir. G. Peces-Barba y E. Fernández, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 13-263.

¹⁵⁴ Ver FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, op. cit., pp. 203 y ss, sobre "la estrecha conexión entre la legitimidad contractual y el sistema de democracia liberal", y pp. 218 y ss. sobre la conexión entre "Contractualismo y derechos humanos fundamentales", donde señala "defender el fundamento contractualista de la sociedad y el poder político es apostar por la confianza en el valor de la individualidad humana y en los derechos deducidos de la dignidad inalienable de la persona. Por ello no resulta nada extraño que históricamente las teorías contractualistas vayan conectadas con la tradición liberal y democrática, y se encuentren opuestas totalmente a todas las concepciones morales y políticas que mantienen que la individualidad debe ser limitada en aras de conceder una mayor competencia y autoridad al Estado", pg. 218. Asimismo, pg. 219, "de la misma forma que en la teoría clásica de los siglos XVII y XVIII el contrato social tiene como objetivo la protección de los derechos naturales...Para la teoría contractualista clásica existe una estrecha conexión entre el origen contractual de la sociedad y del poder político y la defensa de la existencia de unos derechos naturales individuales previos al establecimiento de las relaciones sociales, políticas y jurídicas".

próxima a la 'legal-racional' weberiana; en otros términos, se inaugura en España el Estado de Derecho. A grandes rasgos, el nuevo Poder que se organiza desde la Constitución es legítimo porque además de crear un marco de 'certeza' (que es la función primaria asignada al Estado) y quedar sometido al Derecho, es garantizada la participación de quienes a él se someten (es democrático), y se reconocen los derechos fundamentales¹⁵⁵.

En definitiva, la legitimidad autoritaria del sistema franquista es sustituida por un principio de legitimidad democrático que "funciona" como argumento a favor de la transición. Sin embargo, la democracia no tiene el mismo sentido en el proceso que en el resultado. En primer lugar, la legitimidad democrática de la transición se basa en que en su desarrollo se intenta asegurar la mayor participación posible al conjunto del pueblo a la vez que se pretende limitar el poder de las minorías dirigentes; la legitimidad del Poder Político que resulta de la transición, a los ojos de los teóricos, se fundamenta, además, en la limitación del poder a través de la Ley y de los derechos. Además, con la Constitución Española, los criterios que antes estaban presentes en la cultura política que hace posible la sustitución de la Dictadura por la Democracia, se legalizan, "en el momento en que la constitución ha conseguido establecerse como marco del pluralismo es cuando ella misma se convierte en fuente

¹⁵⁵ En este sentido, ASÍS ROIG, R. DE, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, pg. 125, "salvando el tratamiento teórico de la legitimidad..., puede decirse que nos encontramos con un poder legítimo cuando se dan al menos las siguientes características; a) El poder está regulado por el Derecho, y no está por encima de él. b) Existe una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder. c) El poder establece las bases para la instauración de la paz, a través del Derecho. d) El poder, por medio del Derecho, defiende el disfrute de las libertades. e) El poder promueve ese disfrute y aparta los obstáculos que lo dificultan", las últimas características tienen que ver con las distintas funciones asignadas al Estado a lo largo de su evolución histórica (de garante de la seguridad a encargado de la 'procura existencial' pasando por protector de las libertades) a las que luego nos referiremos en lo que al Estado de Derecho respecta. GARCÍA MANRIQUE, R., *La Filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, op. cit., suministra datos para una comparación con las "ideas políticas" predominantes durante el régimen anterior; especialmente, el Capítulo III, "Ideas políticas", pp. 189-252. Desde un punto de vista sociológico, la legitimidad del poder surgido como consecuencia de la Transición, tiene que ver con el resultado y también con el proceso mismo AGUILA, R. DEL, "La dinámica de la legitimidad en el discurso político de la transición", *Transición política y consolidación democrática. España (1975-1986)*, compilad. R. Cotarelo, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1992, pp. 47-76. En este sentido, ÁGUILA, R. DEL, y MORODO, R., en un trabajo dedicado al estudio de la transición a través del lenguaje de sus políticos destacan la importancia en el proceso de términos del tipo de democracia, consenso y pluralismo, *El discurso político de la transición española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1984.

de legitimidad y la posterior identificación de lo legítimo con lo constitucional nos retrotrae a aquella idea tan querida para Max Weber o la teoría de sistemas; es legítimo lo que es legal”¹⁵⁶. Con todo ello aparecen tres elementos que conforman la legitimidad del nuevo poder cuyos límites no siempre están claros y que según el significado que se de a unos y otros pueden aparecer en tensión.

Para valorar la importancia que reviste la figura de los derechos fundamentales en la legitimidad del poder, puede resultar de interés ver qué tipo de democracia se incorpora en el Estado español con la Constitución. En este sentido puede resultar de utilidad la clasificación de A. Touraine. Este autor distingue tres modelos según la mayor o menor importancia de lo que considera los rasgos definatorios de la democracia (la representatividad, la ciudadanía y la limitación del poder del Estado por la ley y por el reconocimiento de derechos fundamentales). De modo que ésta puede ser conflictual (el modelo propuesto es el francés), constitucionalista (en este caso, el modelo es la democracia estadounidense) o liberal (representada por el sistema británico)¹⁵⁷. Veremos cómo entre los autores españoles objeto de nuestro estudio existen distintas opiniones sobre la lectura de la Constitución más adecuada¹⁵⁸ y según se prefiera un modelo u otro, se argumentarán soluciones distintas en cuanto

¹⁵⁶ AGUILA, R. DEL, “La dinámica de la legitimidad en el discurso político de la transición”, op. cit., pg. 75.

¹⁵⁷ TOURAINE, A., *Qu'est-ce que la démocratie?*, Fayard, Paris, 1994. Hay traducción castellana de M. Armiño, Temas de Hoy, Madrid, 1994. El profesor francés se muestra partidario del modelo liberal, más propicio a la separación, en su opinión necesaria, entre sociedad civil (ámbito en que los actores sociales se orientan por valores culturales y relaciones sociales a veces conflictuales) y Estado (campo en el que se desenvuelven los poderes que elaboran y defienden la unidad de la sociedad nacional frente a amenazas y problemas exteriores o interiores); asimismo, propone la necesidad de fomentar la interposición entre ambos de un sistema político encargado reducir a la unidad las diversas relaciones de fuerza existentes en la sociedad civil. Esta doble propuesta: recuperación de la separación sociedad civil y Estado a través del sistema político y limitación del Poder por la ley y el respeto a los derechos fundamentales, puede, en su opinión, contribuir a paliar los males de las democracias contemporáneas.

¹⁵⁸ A favor de una interpretación ‘liberal’, VALLESPÍN, F., “Estado de Bienestar y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº1, 1988, pp. 125-139. El autor analiza la relación entre los calificativos de social, democrático y de Derecho atribuidos al Estado español desde la Constitución española; en este contexto, un incremento de la participación política sirve para justificar una ampliación del intervencionismo estatal que aparece a la vez “como la precondition de la libertad” y como “la máxima amenaza” (pg. 130). Por esta vinculación entre Democracia y Estado Social, el Estado de Derecho aparece como límite a ambos; límite tremendamente reforzado tras “la experiencia fascista” para “prevenir un posible ataque popular o estatal contra los derechos liberales fundamentales”, “el principio del Estado de Derecho debía ser, pues, inmunizado frente a posibles reforzamientos democráticos del principio del Estado social” (pg. 132).

a la mejor forma de organizar el poder para la protección de los derechos que afectan al punto de vista interno. Así, desde un modelo conflictual se apoyará la supremacía de la Ley en la relación entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional, en tanto desde el modelo constitucionalista la solución será la inversa. Por otra parte, la opción por un modelo liberal afecta, más que a la organización del poder, al modo de entender las relaciones entre la Sociedad civil y el Estado y a partir de ahí los derechos van a concebirse fundamentalmente como elementos de salvaguardia ‘frente al poder’.

Tendremos ocasión de comprobar cómo en la corriente predominante en nuestra cultura jurídica, democracia, Estado de Derecho y derechos humanos confluyen en el modelo de organización política que se ha dado en llamar Estado de Derecho. En este punto se abre un nuevo orden de problemas puesto que el Estado de Derecho evoluciona desde su formulación liberal a su formulación ‘social’ y también esta evolución tiene distintas interpretaciones que inciden en las diferentes concepciones de los derechos.

Por otra parte, y en lo que respecta a la faceta que hemos denominado subjetiva dentro del punto de vista externo, conviene señalar que se trata del aspecto conforme al cuál los derechos aparecen en mayor medida como exigencias éticas. En este ámbito los problemas fundamentales se van a referir a las distintas opciones sobre el significado de la dignidad.

3.1. La función objetiva. La finalidad política de los derechos. La legitimidad del poder. Democracia y derechos humanos.

Desde la perspectiva de su función en relación con el “sistema político”, los derechos aparecen prioritariamente en sus vertientes moral y política y no tanto en la faceta “jurídica”¹⁵⁹. En el primero de estos ámbitos, los derechos constituyen

¹⁵⁹ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 105, afirma que “los derechos fundamentales que se originan y se fundan en la moralidad que desembocan en el Derecho lo hacen a través del Estado, que es el punto de referencia de la realidad jurídica a partir del tránsito a la modernidad”. En esta obra, considera además una cuarta vertiente -la de los derechos como “hecho”- en la

exigencias de dignidad y en él se sitúa su fundamento. En relación con aquellas teorías que agotan el concepto de los derechos en la ética, se hace difícil la distinción entre un punto de vista interno y un punto de vista externo, del mismo modo que la dicotomía desaparece cuando el concepto de derechos se refiere exclusivamente al Derecho.

Desde los presupuestos aquí adoptados, los derechos se entienden como exigencias éticas de dignidad que buscan su eficacia a través de la fuerza que el poder político les presta, en tanto que el Poder ha de comprometerse en el reconocimiento y garantía de los derechos para presentarse como acreedor de obediencia voluntaria. Por último, la forma que el Poder Político utiliza para hacer eficaces aquellas exigencias de protección del individuo será el Derecho. La incorporación de componentes éticos, políticos y jurídicos en el concepto de derechos humanos hace imposible el estudio de la figura desde una única disciplina. Inevitablemente confluirán con la Filosofía del Derecho, la Filosofía Moral y la Filosofía Política¹⁶⁰.

La finalidad política de los derechos consiste, pues, en servir de fundamento de legitimidad a un Estado que pasa a ser Estado de Derecho. Los derechos necesitan al poder para hacerse eficaces, pero además, a partir de determinado momento histórico, el poder necesita a los derechos para asegurarse la obediencia, se dice entonces que los derechos se convierten en criterio de legitimidad del Poder Político. Hablar de legitimidad del poder presupone una opción en cuanto a la mejor forma de organizar la convivencia que se sitúa entre el anarquismo y aquellas otras vías que consideran el Estado como un bien absoluto. En cualquiera de estos casos, el monopolio de la fuerza que supone el poder político no requiere justificación, bien porque es imposible o bien porque no se cuestiona. Las teorías de la legitimidad sólo tienen sentido, pues, si se concibe el Estado como un mal necesario.

que la indagación de las funciones coincidiría con la pregunta sobre los efectos de los "derechos" convirtiéndose en un estudio de Sociología jurídica.

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, op. cit., pg. 114. En este sentido, el profesor E. Fernández, adjudica a la perspectiva axiológica -propia de la Filosofía de los derechos humanos- el papel de primera parte de una teoría general; la segunda parte "estaría formada por la ciencia de los derechos humanos o Derecho de los derechos humanos", discrepo del autor en cuanto esta distribución de temas pueda interpretarse en el sentido de que se extrae de la Filosofía del Derecho el estudio de los derechos en su aspecto jurídico. Así, en mi opinión, los derechos humanos interesan a la Filosofía del Derecho tanto desde la Teoría de la Justicia cuanto desde la Teoría del Derecho.

El problema de la legitimidad del poder guarda una estrecha relación, por otra parte, con el de la eficacia y la justicia del Derecho desde el momento en que la legitimidad se manifiesta como obediencia voluntaria a las normas que produce¹⁶¹. En general, cabe distinguir dos tipos de motivos que llevan a acatar las órdenes emitidas por la autoridad constituida; por un lado, la posibilidad de que la autoridad recurra al ejercicio de la fuerza, por otro, el reconocimiento de la autoridad como 'autoridad legítima'¹⁶². De este modo, la 'legitimidad' y el recurso a la fuerza guardarán, hasta cierto punto, una proporción inversa en su contribución a la estabilidad de un orden. El poder político cuenta, entonces, con dos tácticas para asegurarse la continuidad, la primera es la amenaza del recurso a la fuerza la segunda consiste en mostrarse como autoridad legítima¹⁶³. Conviene señalar aquí que cuando se presenta la legitimidad

¹⁶¹ Desde el punto de vista de la relación entre 'legitimidad' del Poder y 'justicia' del Derecho, señala FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, op. cit., pg. 869, cómo desde la aparición del Derecho y del Estado Moderno, la 'novedad' "no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma "legal", "convencional", o "artificial", es decir, "Positiva", del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la veritas sino precisamente la auctoritas". Conviene, no obstante, subrayar la diferencia entre legitimidad y justicia del Poder y del Derecho. E. Díaz explica la relación entre teoría de la legitimidad y teoría de la justicia como una relación de la parte al todo DIAZ, E., "Notas ("concretas") sobre legitimidad", *El fundamento de los derechos humanos*, ed. G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp. 145-153. No nos referimos ahora a la distinción legitimidad-legitimación, ver del mismo autor *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 26-27. Asimismo, GARZÓN VALDÉS, E., "Acerca del concepto de legitimidad", *Anuario de derechos humanos*, nº 5, 1988-89, pp. 343-366.

¹⁶² FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987, recurre a la distinción entre autoridad legítima y autoridad de facto. En su opinión, "el Derecho tiene autoridad legítima cuando cuenta con la autoridad moral que le otorga el ser un Derecho justo y lo es suficientemente en el caso de que se cumplan los dos requisitos combinados de haber sido producido democráticamente según el principio de legitimidad contractual y si respeta y garantiza los derechos fundamentales del hombre". La autoridad es de facto los sometidos a ella la consideran autoridad legítima con independencia de los criterios señalados. SARTORI, G., *Teoría política de la Democracia. I. El debate contemporáneo*, pp. 229 y ss., considera que autoridad siempre se vincula a la legitimidad y es precisamente esa vinculación la que distingue esta noción de la de poder. En mi opinión tiene sentido hablar de autoridad legítima frente a autoridad de *facto* en la misma medida en que tiene sentido hablar de legitimidad frente a legitimación. Autoridad legítima sería, según esto, el poder dotado de legitimidad, es decir, que satisface lo que en cada momento se consideran criterios de legitimidad; si la autoridad de *facto* sería el poder con legitimación. La invocación a los derechos humanos sirve, en principio, para producir legitimación, además, se entienden como criterio de legitimidad.

¹⁶³ "...todo Estado intenta justificarse y pretende que se le obedezca y acepte no tanto, o no sólo, por temor, sino también porque los ciudadanos consideren que vale la pena prestar adhesión a sus mandatos, o porque piensen que estos mandatos son buenos y justos, o más justos y buenos que otros o -en, como se ve, ya no muy favorables condiciones- porque son al menos relativamente justos y merecen, pues, algún tipo de obediencia. La sola fuerza no es del todo funcional para el mantenimiento de un sistema de poder (sea, de hecho, más o menos justo): el convencimiento integra y fortalece el sistema, a la vez que hace menos necesario el uso de la fuerza. Es por esta vía, claro está, por donde aparece la legitimidad... y, por

como estrategia del Poder Político, no se está prejuzgando la instrumentalización de los derechos. Se trata, simplemente, de una forma de expresar las cosas que viene condicionada porque en este epígrafe se presentan los derechos en su 'función objetiva' y ya señalamos con anterioridad cómo la ideología de los derechos los presenta como exigencias éticas antes que como elementos que contribuyen a la funcionalidad del sistema.

En este trabajo, la función objetiva de los derechos tiene sentido desde su faceta 'política' y es la función subjetiva la que en primer lugar se produce desde su aspecto 'ético'. Esta estipulación difiere, por ello, de la distinción que realiza C.S. Nino entre la legitimidad objetiva y la legitimidad subjetiva. Para este autor la legitimidad objetiva hace referencia a una perspectiva desde la que se plantea la justificación del poder desde el punto de vista moral (presupone, por tanto, un planteamiento objetivista en el ámbito ético), en tanto la cuestión sobre la legitimidad subjetiva se refiere a si los ciudadanos consideran legítima una determinada formulación del Poder¹⁶⁴. Cuando aquí me planteo la finalidad de los derechos como criterios de legitimidad, y señalo que ésta es su función objetiva, no estoy enjuiciando el sistema desde un punto de vista normativo; antes bien, cuando hablo de legitimidad lo hago en el sentido en que Nino habla de legitimidad subjetiva, aunque en este caso el sujeto no es la comunidad sino la cultura 'jurídico-política'.

En este momento, por otra parte, se hacen necesarias algunas precisiones sobre el concepto de legitimidad que nos sirvan para especificar qué papel desempeñan los derechos en relación con aquella idea. Así, entiendo por legitimidad, siguiendo la definición de L. Levi, aquel "atributo del Estado que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia

supuesto, las ideologías que fomentan, critican, consolidan y destruyen una u otra forma de legitimidad", DIAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., pg. 24. En sentido similar, SEEL, G., "Postface. Le pouvoir politique et les droits de l'homme", *Cahiers de Philosophie politique et juridique*, "La politique et les droits", Centre de Publications de l'Université de Caen, n° 21, 1992, pg. 236.

¹⁶⁴ NINO, C.S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, trad. R.P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 21 y 22, "la legitimidad subjetiva consiste en la creencia generalizada de la población en la justificación moral del gobierno y sus directivas...Desde mi punto de vista, el problema no reside en la legitimidad subjetiva, sino en la objetiva. Mi preocupación no se centra en las creencias que la comunidad tenga acerca de aquello que justifica moralmente un régimen político, sino en qué es lo que realmente hace que éste se encuentre moralmente justificado".

sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza”¹⁶⁵. De esta definición, cabe destacar tres ideas:

- a) “que la legitimidad es un atributo del Estado que se traduce en consenso de la población sujeta a dicho Estado”;
- b) “que la legitimidad tiene que ver con la obediencia de los sujetos del Estado de las normas válidas y vigentes en él”¹⁶⁶;
- c) y que la legitimidad se refiere al Poder Político.

Parece, por tanto, que la legitimidad se traduce en un consenso entre los sometidos al poder sobre la existencia de razones para prestarle obediencia. A partir de aquí el desarrollo del problema se fijará en cada uno de los tres elementos destacados en el concepto de legitimidad; el consenso, las razones sobre las que recae y los aspectos del poder que se tienen en cuenta cuando se plantea su legitimidad.

Así pues, con la idea de consenso aludo al carácter generalizado del reconocimiento de la autoridad como legítima, esto es, se trata de subrayar que la legitimidad exige que exista de modo general la creencia de que se debe obedecer a la autoridad. No se trata, por tanto, de prejuzgar el “carácter democrático de la legitimidad”, y aquí tendría sentido la alusión a los tipos ideales weberianos de legitimidad, según los cuáles, recuérdese, el consenso puede hacer referencia a la creencia en la santidad de las tradiciones, al carisma de un líder, a la creencia en la legitimidad de la legalidad¹⁶⁷.

¹⁶⁵ LEVI, L., Voz “Legitimidad”, *Diccionario de Política*, dir. por N. Bobbio y N. Mateucci, Siglo XXI, Madrid, 1983, pg. 892.

¹⁶⁶ Hasta aquí, FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, op. cit., pg. 183.

¹⁶⁷ WEBER, M., *El político y el científico*, trad. F. Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1993, pg. 85. Así como, WEBER, M., *Economía y Sociedad*, trad. de J. Medina, J. Rovira, E. Imaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pp. 170-173. Una cuestión diferente surge a la hora de determinar por qué la legalidad aparece como legítima, en este sentido, señala HABERMAS, J., “¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?”, *Facticidad y validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 535- 588, pg. 555 (también en *Doxa*, nº5, 1988, pp. 21-132) “si en las sociedades de nuestro tipo ha de ser posible una legitimidad a través de la legalidad, la fe en la legitimidad, la cual ya no puede contar con las certezas colectivas suministradas antaño por la religión y la metafísica, en algún sentido habrá de poder apoyarse en la racionalidad del derecho. Pero no se ha confirmado la suposición de Max Weber de que la base de la fuerza legitimadora de la legalidad sea una racionalidad autónoma, es decir, exenta de moralidad, inmanente al derecho como tal” y es que, también señala el autor, “porque el derecho guarda una relación interna con la política, por un lado, y con la moral, por otro, la racionalidad del derecho no puede ser sólo asunto del derecho” (pg. 570) .

El contenido de las razones sobre las que recae el consenso han variado a lo largo de la historia -piénsese en los tipos de legitimidad recién aludidos-, dando lugar a distintas formas de legitimidad. En Occidente, en la Edad Media, el poder se consideraba legítimo cuando sus mandatos eran reflejo de la voluntad o de la razón divinas. Con la modernidad, se produce un cambio sustancial en los criterios de legitimidad; desde ahora, se exige que buenas razones y no la fe apoyen la obediencia al poder. A esa nueva legitimidad del Mundo Moderno, corresponde “una mutada posición de los individuos”¹⁶⁸ que influirá, como apunté, en el lugar de los derechos. Esa forma de legitimidad aparece en estrecha relación con las teorías contractualistas y, de modo más general, con el iusnaturalismo racionalista.

El concepto de derechos humanos es un concepto moderno, por ello, sólo los autores que consideren ‘recuperable’ la modernidad, considerarán aceptable la categoría desde el contenido mínimo que hemos identificado como núcleo de certeza de la expresión¹⁶⁹. En este apartado, aparecen dos modelos de amplio reflejo en nuestra doctrina y que pueden quedar representados por el “neocontractualismo” de J. Rawls y la “legitimidad crítica” exponenciada por J. Habermas. Cada uno de ellos encontrará reflejo en una distinta concepción de la ‘dignidad’ y del modelo ideal de organización política que en Rawls se mantendrá en los límites del liberalismo y que con Habermas se convertirá en ‘republicana’¹⁷⁰. Así, entre los profesores españoles

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, op. cit., pg. 187. HABERMAS, J., *Problemas de legitimidad en el capitalismo tardío*, trad. JL. Etcheverri, Amorrortu, Buenos Aires, 1975. LUCAS, J. de, Voz “Légitimité”, *Dictionnaire encyclopedique de Théorie et de Sociologie du Droit*, L.G.D.J, Paris, 1988. pp.225-227,pg. 226. El cambio en los criterios de legitimidad guarda coherencia con lo que PECES-BARBA, G., considera las dos grandes bases de la modernidad, racionalismo y humanismo. En *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pg. 22, afirma “racionalismo y humanismo, las dos grandes bases de la modernidad, se dirigirán a organizar una sociedad política y un poder político al servicio del hombre”.

¹⁶⁹ Aunque en este momento conviene hacer alguna precisión en el sentido en que es de notar que alguna de estas propuestas de sustitución del modelo de legitimidad moderno mantienen un lugar para ‘los derechos’; en ellas difícilmente se hace identificable el núcleo de certeza. Estos modelos intentan resolver “la legitimidad en términos de operatividad o eficacia y autojustificación del sistema”, LUCAS, J. de, Voz “Légitimité”, *Dictionnaire de Théorie et de Sociologie du Droit*, op. cit., pg. 227. Al respecto, también PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª Edición, Tecnos, Madrid, 1995, pg. 199.

¹⁷⁰ Ver VALLESPÍN, F., “Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas”, que aparece como introducción a HABERMAS, J., y RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, trad. G. Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 3-178.

que desarrollan sus trabajos en el período de nuestro estudio, el discurso sobre la legitimidad (coherente con la modernidad¹⁷¹) se hará, por un lado desde la recuperación del liberalismo¹⁷² y por otro desde la aproximación a las versiones que podemos denominar republicanas¹⁷³. Ciertamente ni el liberalismo se agota en Rawls, ni el ‘republicanismo’ se agota en Habermas. A decir verdad, tanto uno como otro construyen teorías *sui generis* dentro del conjunto al que aquí se adscriben, sin embargo, precisamente porque son numerosos los puntos en que se acercan, el análisis de algunas de las diferencias que les separan puede resultar ilustrativo de en qué aspectos difieren, en definitiva, una concepción liberal y una concepción

¹⁷¹ La legitimidad ‘moderna’ se cuestiona hoy desde distintos frentes. Todo el proceso tiene que ver con un fenómeno que CORTINA, A., *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 1990, define de forma muy ilustrativa al afirmar que en el fin de siglo “en el que compiten en el terreno filosófico las propuestas de los llamados “jóvenes conservadores” -que anuncian el fin de la modernidad-, los “viejos conservadores”- partidarios de la premodernidad-, los “neoconservadores” -adictos al legado económico de la modernidad, pero no a sus consecuencias culturales- y la llamada “modernidad crítica”, sólo esta última parece considerar el proyecto ilustrado como únicamente incompleto; como un proyecto que también en su vertiente cultural y moral merece ser prolongado. En la disyuntiva “fracaso o vigencia”, a la que continuamente se hace referencia, la llamada “modernidad crítica” se pronunciaría por la vigencia de un proyecto que, sin embargo, precisa crítica”.

¹⁷² Estos autores se esfuerzan por defender que el Estado debe actuar como si fuera producto de un contrato entre los ciudadanos para la mejor “salvaguarda” de sus derechos; se trata, en definitiva, de reivindicar el papel de los derechos como ámbitos de no interferencia y el sometimiento a la ley del Poder. La importancia de este grupo de teorías es destacada por FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, op. cit., pg. 177. Aunque también es cierto que para este autor el ‘necontractualismo’ se concibe en términos tan amplios que abarca incluso la teoría de Habermas (pg. 179) y es que ambos “siguen los fines de la tradición contractualista, preocupada por asentar la obligación política sobre el consentimiento individual de todos los ciudadanos”, VALLESPÍN, F., “Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas”, op. cit., pg. 11.

¹⁷³ En el caso de las teorías de inspiración en la legitimidad crítica de Habermas, se considera legítimo el Poder Político si es capaz de servir al interés general determinado a través del discurso. En este tipo de teorías aparecen dos categorías de “derechos”; los que constituyen condiciones del discurso, que no tienen validez necesaria fuera de él, y los que aparecen como producto del consenso racional sobre los intereses generales, cuya concreción dependerá en cada caso de la decisión discursiva. En nuestro país encontramos una teoría que desde este tipo ha sido adoptada y adaptada por CORTINA, A., quien en lo que a los derechos se refiere, objeta a J. Habermas su empeño por mantener las “exigencias pragmático-trascendentales” únicamente referidas al discurso; a su entender, “la afirmación de que la ética descubre los procedimientos racionales para la toma de decisiones no es inocente, sino que nos descubre una dimensión de trascendencia que, si pretende significar algo, ha de tener fuerza normativa, siquiera sea indirecta, en las tomas concretas de decisión”, con lo que para que los consensos fácticos tengan “validez” deben respetar los presupuestos que se exigen a los “consensos éticos”, y forman parte de esos presupuestos los derechos humanos y los derechos a unas condiciones materiales y culturales que permitan a los afectados discutir y decidir en igualdad y que han de ir concretándose históricamente, “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos”, *Derechos y Libertades*, nº1, 1993, pp. 38-44, pg. 43. Para un estudio de lo que supone su utilización en el esfuerzo de fundamentación de los derechos, ver RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 153-179.

republicana en punto a la legitimidad del poder.

Así pues, ambas teorías aparecen como manifestaciones del 'liberalismo democrático' y con el recurso a las denominaciones de 'republicano' y 'liberal' para caracterizarlos se trata de encontrar una pareja de términos con los que poder agrupar los rasgos que diferencian a los distintos planteamientos teóricos desde los que se afrontan los derechos¹⁷⁴. A pesar de ello, soy consciente de las dificultades que su adaptación a nuestra cultura jurídica comporta.

En común tienen, naturalmente, aquellos aspectos que suponen que sus teorías se mantengan en los referidos esquemas de la 'modernidad'. De este modo, tanto para Rawls cuanto para Habermas, "sólo son legítimos aquellos principios que puedan ser racionalmente aceptados por todos los ciudadanos a los que han de vincular". También en ambos casos se trata formular "una concepción *pública* de la justicia válida para las sociedades avanzadas contemporáneas" cuyo pluralismo característico pone de manifiesto los límites de la razón en cuanto a cuestiones morales¹⁷⁵. Esta perspectiva hace que en las dos teorías desempeñe un papel fundamental la idea de construir un procedimiento adecuado para la argumentación sobre las razones de la legitimidad -que también es distinto en cada uno y que como respuesta al problema

¹⁷⁴ Efectivamente, señala VALLESPÍN, F., "Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas", op. cit., pg. 16, "hablar de "liberalismo democrático" o de "democracia liberal" no dice apenas nada porque prácticamente todas las perspectivas ideológicas pueden subsumirse bajo sus principios básicos. No es de extrañar, pues, que hayan empezado a asentarse ya con fuerza en el ámbito de la teoría política nuevas denominaciones que sirven para diferenciar el valor respectivo con que se dota a unos u otros principios o para marcar las distintas estrategias argumentativas y sus consecuencias políticas. "Liberalismo", "comunitarismo" y "republicanismo" son quizá los términos más conocidos y usados, pero no acaban de abarcar toda la complejidad y diferenciación creciente que recorre el debate contemporáneo". Aunque HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pg. 372, nota 10, excluye expresamente a Rawls y Dworkin de su caracterización del modelo 'liberal', en mi opinión, los rasgos básicos que diferencian las teorías de Rawls y Habermas pueden caracterizarse a través de la adscripción de uno u otro de estos planteamientos. De cualquier modo sí es cierto que tanto Rawls como Dworkin se esfuerzan, frente a otros autores liberales, por alejar el modelo de sociedad del planteamiento 'economicista' y destacar los aspectos 'políticos'. Este es el sentido de DWORKIN, R., *La comunidad liberal*, trad. Claudia Montilla, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1996.

¹⁷⁵ VALLESPÍN, F., "Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas", op. cit., pp. 11 y 14. Este autor subraya además como tanto para Rawls cuanto para Habermas "la capacidad de pronunciamiento de la filosofía sobre las cuestiones de racionalidad moral se ve limitada por el carácter finito y falibilista de la razón, ciertamente reducida en su capacidad para poner orden o buscar sintonizar la pluralidad de sus voces, por parafrasear una expresión habermasiana" (pg. 13). También por ello "las cuestiones de justicia... admiten su separación analítica y su diferencia de rango respecto de aquellas que remiten a preceptos éticos o a concepciones del bien" (pg. 14).

planteado en Rawls pretende basarse en una separación entre ética y moral que pasa por extraer la ética del espacio público, en tanto Habermas busca la incorporación de los distintos ámbitos de la razón práctica a la discusión¹⁷⁶. Por otro lado, “la introducción de la argumentación moral mediante el modelo de la racionalidad procedimental permite instituir también el adecuado equilibrio entre la dimensión individual y la colectiva”¹⁷⁷; y es precisamente en ese punto en el que las diferencias entre ambos planteamientos resultan más interesantes para nuestro objeto de estudio que en este momento se refiere al papel que desempeñan los derechos como criterios de legitimidad.

Desde esta perspectiva, la distinción entre una teoría liberal y una teoría republicana, la podemos encontrar formulada por el propio Habermas¹⁷⁸, que, no obstante, se considera a sí mismo como superador de ambas. Básicamente, la opción por un modelo u otro tiene su origen en una distinta concepción del individuo en

¹⁷⁶ Algunos de los puntos más importantes en los que las divergencias entre ambos procedimientos pueden resultarnos de interés, los encontramos resumidos en NINO, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pg. 160, “Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de imparcialidad, que son decisivos para otorgar validez a los principios morales. Sin embargo, mientras para Rawls estos son presupuestos formales de un razonamiento moral monológico, para Habermas son reglas de una práctica social del discurso intersubjetivo. Para Rawls, la validez de los principios morales está dada por la satisfacción del requerimiento de imparcialidad. Habermas, por otro lado, requiere un consenso *de facto* para ser constituido a través del empleo de la regla de imparcialidad. Finalmente, mientras Rawls parece pensar que uno puede alcanzar la conclusión de que un principio moral es válido sólo por medio de la reflexión individual –aunque la discusión puede desempeñar un papel auxiliar–, Habermas claramente sostiene que esto es imposible. Para Habermas, sólo la discusión colectiva, “en la búsqueda cooperativa de la verdad”, es una forma confiable de acceder al conocimiento moral”.

¹⁷⁷ VALLESPÍN, F., “Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas”, op. cit., pp. 14-15. Equilibrio que se hace difícil desde el momento en que las dos figuras tradicionales “la de una sociedad centrada en el Estado y la de una sociedad compuesta de individuos, ya no se les pueden aplicar sin problemas”, HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pg. 63.

¹⁷⁸ HABERMAS, J., “Derechos humanos y soberanía popular. Las concepciones liberal y republicana”, trad. J. González Amuchastegui, *Derechos y Libertades*, nº3, 1994, pp. 215-230, *Facticidad y validez*, pp. 346 y ss. De modo similar, RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996, pg. 34, señala la existencia de una divergencia básica en el seno del pensamiento democrático que tiene reflejo en “la profunda controversia que rodea a las ideas sobre el modo de expresar óptimamente los valores de libertad e igualdad en los derechos y libertades básicos de los ciudadanos de manera que respondan satisfactoriamente tanto a las exigencias de la libertad cuanto a las de la igualdad” y que enfrenta “la tradición vinculada a Locke, que concede mayor peso a lo que Constant llamó «las libertades de los modernos» (libertad de pensamiento y de conciencia, ciertos derechos básicos de la persona y de la propiedad, y el imperio de la ley), y la tradición vinculada a Rousseau, que da más importancia a lo que Constant llamó las «libertades de los antiguos» (la igualdad de libertades políticas y los valores de la vida pública)”.

cuanto a su relación con la colectividad en la que se inserta y se traduce en una distinta posición acerca del papel del Derecho y del Estado y, por supuesto, de la naturaleza del proceso político¹⁷⁹. De modo sintético, cabe decir que mientras para la ‘tradicción liberal’ la dignidad se realiza aún a pesar de aquella colectividad, para la ‘tradicción republicana’ la dignidad se realiza mediante la inserción del individuo en su comunidad con lo que para los primeros el Estado aparece como un mal necesario en tanto para los segundos puede ser un bien¹⁸⁰. De modo coherente con esta premisa, para los liberales, el móvil individual es en primer lugar ‘la concepción de la propia ventaja individual y del propio bien’, para los republicanos, el ‘bien común’ desempeña un papel esencial¹⁸¹. Esta idea de bien común a la que recurre la tradición republicana presupone a su vez una noción de ciudadano inserto en una comunidad que ha sido ajena a la tradición liberal, sin embargo este problema forma parte de los que rodean lo que aquí hemos denominado función subjetiva en el punto de vista externo de los derechos y que nos ocupará con posterioridad. A propósito de esta diferencia básica de partida que condiciona el resto de la construcción de cada uno de los autores afirma Habermas, “el liberalismo político o de Estado de derecho parte de la intuición de que el individuo y su forma de vida individual tienen que ser

¹⁷⁹ HABERMAS, *Facticidad y Validez*, op. cit., pp. 343 y ss. señala éstos como elementos en los que divergen ambas teorías.

¹⁸⁰ En este sentido las teorías que considero enmarcables dentro de la tradición republicana, comparten con las clásicas discusiones sobre la óptima república a que se refiere BOBBIO, N, como modelos del concepciones del Estado como bien, -ver “El fin del Estado”, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política*, trad. J. F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1989 pp. 176-187, pg. 178-, que “presuponen la convicción de que los estados existentes sean imperfectos, pero perfectibles, y por consiguiente el Estado como fuerza organizada de convivencia civil no deba destruirse, sino llevarse a la plena realización de su esencia.”

¹⁸¹ Así, afirma RAWLS, J., *El liberalismo político*, op. cit., pg. 40, que el liberalismo político pretende dar cuenta de “¿cómo pueden ciudadanos profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales mantener una sociedad democrática justa y estable?” y más adelante, pg. 45, al explicar el significado de la cooperación social en su teoría señala que ésta “requiera una noción de la ventaja racional, o del bien, para cada participante. Esa idea del bien define lo que cada uno de los miembros comprometidos con la cooperación -ya sean individuos, familias, asociaciones, o incluso pueblos enteros estatalmente constituidos- trata de conseguir, viendo el esquema cooperativo desde su propio punto de vista”. El ‘velo de ignorancia’ no supone que los individuos dejen de lado sus propios intereses, tan sólo significa que no saben cuál será la situación de partida desde la que tendrán que perseguirlos, ver RAWLS, J., *Justicia como equidad: materiales para una Teoría de la Justicia*, trad. M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1986. Por el contrario, para HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, pg. 158, cuando los individuos actúan como ciudadanos, dejan de lado el papel de sujeto jurídico privado que les corresponde en el momento de suscribir un contrato privado, “mientras que habitualmente las partes cierran un contrato “con una determinada finalidad”, el contrato social es “un fin en sí”.

protegidos frente a las intrusiones del poder del estado...El republicanismo kantiano, tal como yo lo entiendo, parte de otra intuición. Nadie puede ser libre a costa de la libertad de otros. Porque las personas sólo se individualizan en el camino de la socialización, la libertad de un individuo está vinculada a la libertad de los demás no sólo negativamente, por limitaciones recíprocas”¹⁸².

De este modo, dentro del modelo que aquí considero liberal se mantiene la separación entre sociedad civil –ámbito de la autonomía privada- y Estado –el espacio ‘público’- desde una valoración positiva de la primera en relación con el segundo¹⁸³ que se convierte así en una contrucción a su servicio. En el modelo republicano, lo privado no prevalece sin más sobre lo público, aunque puesto que estas teorías se presentan como teorías democráticas tampoco se trata de subordinar necesariamente lo privado a lo público¹⁸⁴, antes bien, en ellas puede decirse que la contraposición desaparece. En el primer modelo, el derecho y el Estado suponen límites a la persecución por los individuos de sus propios intereses que se justifican sólo en tanto se enderecen a hacer compatible esa actuación con la actuación de los demás. En el segundo, el derecho y el Estado se nos presentan como productos de la actividad de los ciudadanos orientada al bien común que permiten a su vez actualizar el entendimiento sobre cuál es ese bien común¹⁸⁵. De este modo, mientras para los

¹⁸² HABERMAS, J., “«Razonable» versus «verdadero» o la moral de las concepciones del mundo”, *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., pp.147-181, pp. 179 y 180.

¹⁸³ Señala VALLESPÍN, F., “Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas”, op. cit., pg. 27, en relación con Rawls “lo que sí se percibe es una distinción implícita entre un ámbito de lo público al que acuden los ciudadanos cuando buscan la realización de los fines sociales, y otro, aparentemente mucho más vigoroso, de una sociedad civil en la que los individuos establecen sus más íntimas relaciones de afinidad e interés inmediato, perteneciendo adiferentes asociaciones –Iglesias, universidades, clubes, asociaciones profesionales, etc.- y persiguen su propia concepción del bien o sus planes de vida dentro de las condiciones generales definidas y aceptadas por todos”. Aquí sociedad es “el sistema del tráfico de las personas privadas y de su trabajo social, estructurado en términos de economía de mercado” y Estado significa “el aparato de la administración pública”, HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pg. 342.

¹⁸⁴ BOBBIO, N., “La gran dicotomía público/privado”, *Estado, Gobierno y Sociedad*, op. cit., pp. 9-38, pg. 28, señala, “la primacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero, además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales...No es que todas las teorías de la supremacía de lo público sean histórica y políticamente las mismas, pero es común a todas ellas el principio de que el todo es primero que las partes.”

¹⁸⁵ Así, señala Habermas a propósito de los distintos conceptos de derecho que “mientras que, conforme a la concepción liberal, el sentido de un orden jurídico consiste en que permite en el caso particular decidir

liberales el poder desempeña una 'función mediadora', para los republicanos "la política no se agota en tal función...; antes es ingrediente esencial del proceso de sociación considerado en conjunto"¹⁸⁶.

El tercero de los aspectos a que se refiere Habermas como diferenciador de la construcción liberal y la republicana es el de la comprensión del proceso político. Desde las teorías liberales la política se puede traducir en términos de competencia por el poder en el que -de modo coherente con su concepción del papel de ciudadano- los participantes actúan guiados por su propio beneficio. Por el contrario, los republicanos entienden la política como "práctica de la autodeterminación ciudadana" que versa sobre "cuestiones de valor y no simplemente acerca de cuestiones de preferencia"¹⁸⁷.

Como resultado de la aproximación a un modelo u otro de legitimidad, los autores subrayan más uno u otro elemento como criterio determinante, básicamente, se trata de dar mayor protagonismo a la idea de 'democracia' o a la idea de 'derechos humanos'. Por otra parte, veremos que la fórmula Estado de Derecho condensará los criterios de legitimidad y que esta idea se ha visto sometida a una evolución que lo conduce desde su primera formulación liberal hasta el Estado social de Derecho, pues

deben a un orden jurídico objetivo que posibilita, a la vez que garantiza, una convivencia asentada en iguales derechos, autónoma y basada en el mutuo respeto", pg. 345. La propuesta de HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 344 y 345, pretende superar la dicotomía entre el modelo republicano y del liberal en lo que a los derechos se refiere por cuanto "en el primer caso, el orden jurídico es contruido a partir de los derechos subjetivos, en el segundo se otorga el primado al contenido que esos derechos subjetivos tienen de derecho objetivo. Por los huecos de esa conceptualización dicotomizadora cae y se pierde el contenido intersubjetivista de un sistema de derechos que los ciudadanos se otorgan mutuamente y que cabe entender muy bien en términos de teoría del discurso. En esta última concepción la observancia recíproca de derechos y deberes se funda en relaciones simétricas de reconocimiento". Sin embargo, su teoría se aproxima más al modelo republicano, y en este sentido afirma "el republicanismo se acerca por lo menos a esta concepción del derecho, la cual concede a la integridad del individuo y de sus libertades subjetivas el mismo peso que a la integridad de la comunidad, comunidad que es donde los sujetos pueden reconocerse recíprocamente como individuos a la vez que como miembros. El republicanismo liga la legitimidad de las leyes al procedimiento democrático de su génesis y protege así la conexión interna que se da entre la práctica de autodeterminación del pueblo y la dominación impersonal de las leyes".

¹⁸⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pg. 342, "conforme a la concepción republicana... la «política» se entiende como forma de reflexión de un contexto de vida ético, como el medio en el que los miembros de comunidades solidarias más o menos cuasinatúrales se percatan de su mutua dependencia y, como ciudadanos, desarrollan y configuran con voluntad y conciencia las relaciones de reconocimiento recíproco, con las que se encuentran, convirtiéndolas en la asociación de miembros iguales y libres en que consiste la comunidad jurídica".

¹⁸⁷ HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pg. 347.

bien, también existirán diferencias en cuanto a la interpretación de la evolución del Estado de Derecho. Todo ello, a su vez, se corresponde con la atribución a los derechos de una distinta función subjetiva en el punto de vista externo. En definitiva, la aproximación al sistema de derechos positivizado y las respuestas que se ofrezcan a los problemas de interpretación que éste presente, serán muy distintas si se parte de una u otra concepción

Por último, siguiendo el esquema propuesto, cabe decir que los requisitos sobre los que recae el consenso se refieren a distintos aspectos del Poder Político. Con carácter general, cabría distinguir tres tipos de teorías de la legitimidad según pongan el acento en el origen, en la estructura o en la función del Poder. En este sentido, G. Seel¹⁸⁸ habla de teorías genéticas, estructurales y funcionales; los dos primeros grupos llevan a la articulación de criterios *formales* de legitimidad, en cuanto la alusión a ellos supone que los destinatarios coinciden en cuanto al hecho de que se debe obediencia al poder que se ha constituido o se organiza de determinada forma. Si la legitimidad es funcional, las razones para la obediencia son *materiales*, es decir, los destinatarios prestan su adhesión al poder que incorpora determinados objetivos, ya consistan éstos en la protección de los derechos fundamentales o en la maximización del interés general.

Las distintas teorías no aparecen en estado puro, normalmente prestan atención al origen, a la organización y a los *finés* que el poder institucionaliza; sin embargo, sí existe una tendencia entre los teóricos a dar más importancia a uno u otro aspecto. En lo que me interesa, los filósofos del Derecho españoles suelen manejar tres criterios de legitimidad cuyos contornos no son siempre claros; democracia, derechos humanos y Estado de Derecho. En principio, la democracia afecta al origen, el Estado de Derecho a la organización y los derechos humanos a los objetivos. Así pues, podemos afirmar que la legitimidad democrática es una legitimidad formal –o procedimental– en el sentido de que se refiere al origen del poder y no a los objetivos, aunque a veces la democracia requiera de los derechos. Por el contrario, los derechos fundamentales se convierten en objetivos del poder, aunque para su eficacia se necesite que el poder se

¹⁸⁸ “Postface. Le pouvoir politique et les droits de l’homme”, op. cit. pg. 238.

genere democráticamente. De este modo difícilmente una teoría de la legitimidad se referirá sólo al origen o sólo a los objetivos, aunque que se ponga el acento en uno u otro aspecto, tendrá -como veremos a continuación- consecuencias de amplio alcance para la función de legitimidad asignada a los derechos.

Por otra parte, existe una tensión entre criterios formales y materiales de legitimidad. Así, mientras las reglas de la democracia habilitan a los poderes para adoptar decisiones siguiendo determinados procedimientos, los derechos informan sobre el contenido de la decisión¹⁸⁹. Pues bien, traducido en términos de legitimidad, lo anterior significa que desde la defensa de la democracia resulta legítima cualquier decisión adoptada por la mayoría mientras que la introducción de los derechos como criterio de legitimidad supone la incorporación de límites a las decisiones del poder - democrático o no-. Esta tensión se resuelve a favor de la democracia o de los derechos en función de si existe una opción previa por un modelo republicano o por un modelo liberal. Me interesa recordar que en cuanto a este problema la opción republicana pretende hacer desaparecer aquel conflicto entre democracia y derechos humanos, pues vemos en Habermas que los derechos aparecen como condiciones de la legitimidad del discurso democrático que los propios participantes se reconocen¹⁹⁰.

¹⁸⁹ FERRAJOLI, L, *Derecho y Razón*, op. cit., pp. 858-859.

¹⁹⁰ HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pg. 653, "Los derechos del hombre pueden venir fundamentados a títulos de derechos *morales* tan bien como se quiera; pero en cuanto se conciben como ingredientes del derecho positivo, salta a la vista que no le pueden ser encasquetados al legislador soberano, por así decir, en términos paternalistas. Pues los destinatarios del derecho no podrían entenderse simultáneamente a sí mismos como autores de él si el legislador se limitara a encontrar ahí los derechos del hombre como hechos morales, respecto a los que no pudiera hacer otra cosa que positivarlos. Por otra parte, el legislador, pese a su autonomía, no debe poder decidir nada que vulnere los derechos del hombre. ...para una praxis dadora de constitución no basta introducir un «principio de discurso» a cuya luz los ciudadanos puedan juzgar si el derecho que establecen es legítimo. Antes es menester institucionalizar a su vez jurídicamente precisamente aquellas formas de comunicación en las que haya de poder formarse de modo discursivo una voluntad política racional. Al tomar el principio de discurso forma jurídica se transforma en un «principio de democracia». Para tal fin ha de disponerse ya del código como tal con que opera el derecho; y el establecimiento de este código exige que se establezca un status para posibles personas jurídicas, es decir, para personas que como portadores de derechos subjetivos pertenezcan a la asociación voluntaria que representa la comunidad jurídica y puedan hacer valer de forma efectiva sus demandas jurídicas; sin que se garantice la autonomía privada no puede haber algo así como derecho positivo". En opinión de este autor, "Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana", op. cit., pg. 216, no obstante, el republicanismo en general, prioriza la democracia sobre los derechos, "las dos principales corrientes del pensamiento político, que podemos denominar «liberal» y «republicana», tienden a subordinar bien la soberanía popular frente a los derechos humanos o viceversa. Ninguna de estas dos respuestas satisfacen nuestra intuición normativa de que los derechos humanos y la soberanía popular no sólo están

Por su parte, para los planteamientos liberales la tensión se resuelve a favor de los derechos que aparecen como ámbito excluido de la decisión democrática.

A la hora de explicar cómo se manifiestan en los autores españoles las relaciones entre ambos criterios de legitimidad es preciso tener en cuenta esta duplicidad de perspectivas, aunque también que la estipulación que aquí utilizo no es de uso frecuente en nuestro contexto¹⁹¹. Así, por ejemplo, I. Ara distingue dos modelos de relación¹⁹² que a su modo de ver derivan de dos formas de entender la democracia y que básicamente coincidirán con los dos modelos que vengo identificando. Señala este autor cómo desde ciertos planteamientos el concepto “incluye un conjunto de valores que fundamenta la regulación, jurídica o no, de la vida social, y, de manera singular, el valor de la libertad de decisión” con lo que ésta “constituye el origen, el punto de partida, el Derecho objetivo que reconoce y del que derivan los derechos humanos como derechos subjetivo”. También se refiere a otro tipo de posiciones desde las que, sin embargo, se entiende por democracia “un conjunto de reglas del juego, de carácter exclusivamente procedimental, sin atender a las características ni a los condicionamientos, y singularmente a los condicionamientos de la libertad en la decisión de las personas que deben tomar parte en el procedimiento”, para ellos “los derechos humanos se presentan como un *prius* lógico con relación a la democracia”.

Siguiendo con la descripción del tratamiento que el problema de la definición de

entrelazados, sino que tienen igual importancia e incluso el mismo origen: los dos son, desde una perspectiva conceptual, cooriginales”. A mi modo de ver, no obstante, en su concepción también prevalece una cierta idea de la ‘soberanía popular’ sobre los derechos desde el momento en que son los ciudadanos los que deciden de qué derechos se dotan.

¹⁹¹ En mayor medida nuestros autores recurren a la idea de BOBBIO, N., entre una democracia procedimental y una democracia sustancial, por ejemplo, *Liberalismo y democracia*, trad. J.F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pg. 39, “es indudable que históricamente “democracia” tiene dos significados preponderantes, por lo menos en su origen, según si pone en mayor evidencia el conjunto de reglas cuya observancia es necesaria con objeto de que el poder político sea distribuido efectivamente entre la mayor parte de los ciudadanos, las llamadas reglas del juego, o el ideal en el cual un gobierno democrático debería inspirarse, que es el de la igualdad. Con base en esta distinción, se suele diferenciar la democracia formal de la democracia sustancial”. Sin embargo, esta dicotomía, no alcanza a dar cuenta de que lo que está en juego son concepciones distintas de la relación entre el individuo y el Estado que, por supuesto, afectan al papel que se atribuye a los derechos dentro y fuera del Derecho.

¹⁹² *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 91 y 92.

‘democracia’ recibe por parte de nuestros autores, me parece de interés subrayar que cuando la democracia ‘incluye en su definición valores’ es cierto que el acento de la teoría de la legitimidad recae sobre el origen del poder, sin embargo, en este supuesto, a diferencia del que enunciaré a continuación, también se suministran razones materiales de obediencia. Por el contrario, si la democracia se define desde la segunda de las versiones descritas, se exige la incorporación de los derechos para completar la legitimidad. De este modo, R. Cotarelo establece la distinción entre democracia como medio y democracia como fin ¹⁹³; si la democracia es medio constituye un conjunto de reglas del juego al servicio de un fin propuesto -en opinión de R. Cotarelo sólo puede ser el fin de los derechos fundamentales de las personas que incorpora el Estado de Derecho-; si la democracia es un fin ya incorpora los valores que tiene que realizar el poder para ser legítimo.

Si recordamos la distinción de A. Tourain citada con anterioridad, el modelo de democracia que según I. Ara incluye valores y que desde el que según R. Cotarelo se presenta como fin, llevado al derecho positivo, daría lugar a una versión muy similar al esquema francés que a su vez se corresponde con el que desde el punto de vista de la Política definíamos como republicano y del que citábamos como exponente a J. Habermas. Por su parte, la concepción de la democracia como ‘reglas del juego’ se asemeja al modelo inglés y aparece, a mi modo de ver, como una manifestación del ‘liberalismo’ representado en este trabajo por J. Rawls. En este caso, lo que queda condicionado por la Filosofía Política de la que se parte es la forma de entender las relaciones entre la democracia y los derechos.

Efectivamente, C.S. Nino señala cómo este problema recibe distintas respuestas en función de la idea de democracia que se maneje y, del mismo modo que hasta aquí venimos realizando, subraya la presencia de dos posiciones principales enfrentadas desde las que se prefiere, respectivamente, los derechos o la soberanía popular como criterio último de legitimidad. Por un lado, la concepción que se considera a sí misma liberal y que desde una ‘antropología pesimista’ “y de la posibilidad de cambiar las inclinaciones autointeresadas de las personas”, así como desde el escepticismo o el

¹⁹³ COTARELO, R., *En torno a la teoría de la Democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 15-16.

relativismo entienden que ‘la virtud del proceso democrático’ reside en que, por un lado, neutraliza el egoísmo permitiendo así el respeto a los derechos individuales, y, por otro, no hace necesario enjuiciar las distintas posiciones morales de los participantes¹⁹⁴. Según Nino, formarían parte de este grupo el utilitarismo, el elitismo, el pluralismo y el consensualismo, todas ellas teorías que parten de la separación entre la moral y la política¹⁹⁵.

La otra concepción de la democracia incluye, siempre en opinión de C.S. Nino, la teoría de la soberanía popular, el perfeccionismo y las teorías ‘asociadas al enfoque dialógico’, no se considera liberal por los partidarios del primer modelo descrito. En este caso, el punto de partida lo constituyen la posibilidad de que el proceso democrático transforme, hasta cierto punto, el egoísmo en altruismo así como una concepción más optimista de la naturaleza humana. Desde estas premisas, “la democracia no sólo produce resultados moralmente aceptables sino que los produce a través de la moralización de las preferencias de los individuos y quizá, también, a través de la moralización de ellos mismos”¹⁹⁶. En este caso, se produce una vinculación entre la política y la moral.

Pero además, identifica el autor un grupo de teorías mixtas entre las que incluye su propio modelo. Para C. S. Nino, el valor de la democracia reside en que “es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales”. Frente al primer grupo acepta la existencia de una vinculación entre la

¹⁹⁴ NINO, C.S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pg. 102. Según el autor “sus seguidores han acuñado la expresión “democracia liberal”, algunas veces equiparada con “democracia constitucional” o “democracia representativa” (pg. 103).

¹⁹⁵ Como representantes concretos, que además constituyen autores de referencia obligada cuando en nuestro contexto se habla de ‘democracia’, encontramos a KELSEN, H., *Esencia y valor de la Democracia*, 2º ed., trad. R. Luengo y L. Legaz, Guadarrama, Madrid, 1977, ROSS, A., *¿Por qué Democracia?*, trad. R. J. Vernengo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, y BOBBIO, N., *Liberalismo y Democracia*, op. cit. OTTO, I. de, En el “Prólogo” a la primera de las obras aquí citadas, *Esencia y valor de la democracia*, pp. I-X, pg. IX, realiza una apreciación interesante a propósito de las ventajas e inconvenientes de la concepción a que nos estamos refiriendo, “es verdad que con esta reducción de la democracia a método resulta imposible contraponer la democracia social a la democracia política. Pero también lo es que resulta imposible limitar la democracia en nombre de unos determinados «valores» en los que se da una consagración, más o menos burdamente metafísica, a una situación histórica”.

¹⁹⁶ NINO, C.S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pp. 102-103. Se trata de la denominada “democracia populista”, “democracia social” o “democracia participativa” (103).

política y la moral y frente al segundo limita el contenido de la democracia a los estándares morales de naturaleza intersubjetiva¹⁹⁷. De cualquier forma, como en el caso de Rawls, los individuos que participan en el procedimiento democrático son portadores de sus propios intereses y se mantiene la distinción entre autonomía privada y autonomía pública, por lo que la concepción de Nino, sigue siendo liberal. Por otra parte, la democracia es valiosa en cuanto procedimiento de adopción de decisiones porque permite la máxima aproximación a la decisión correcta, su valor es meramente epistémico, por lo que, a mi modo de ver, el procedimiento democrático en C.S. Nino carece de valor moral por sí mismo y con independencia del 'presumible' valor del resultado que, por otra parte, se desprende de que la democracia cumpla con determinados prerrequisitos que se resumen en una serie de derechos *a priori*¹⁹⁸. Traducida a otros términos, su propuesta supone que el valor de la democracia se mide en función de su contribución al entendimiento y a 'la real vigencia de los derechos individuales'¹⁹⁹

Por ello, me parece de mayor utilidad seguir manteniendo la aproximación a estos problemas de los derechos como criterios de legitimidad en los que éstos aparecen en relación con la democracia a partir de dos modelos que prefiero seguir denominando liberal y republicano (aun cuando como he dicho, ambos son versiones liberales) sin incluir el modelo mixto de C.S. Nino. En la opinión de E. Vidal, estas

¹⁹⁷ NINO, C.S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pg. 154, esta limitación es la que a su modo de ver diferencia el modelo propio de las posiciones perfeccionistas a las que conduce el segundo grupo de concepciones al que nos venimos refiriendo. Sin embargo en este punto aparece, en mi opinión, la necesidad de determinar cómo se establece la separación entre este tipo de decisiones que sí corresponden al procedimiento democrático y aquellas otras que afectan "a la calidad de vida y al carácter del agente mismo". En la teoría de Nino, nos remitiría al valor de la 'autonomía personal' entendida como "libre adopción de ideales de excelencia personal y de planes de vida basados en ellos" (pg. 277) y que supone un límite a la democracia. Y es que para este autor, "es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea, de un gobierno establecido", *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, pg. 368.

¹⁹⁸ En este punto, la tensión entre democracia y derechos reaparece a favor de los derechos, puesto que si el fracaso de satisfacer un derecho a priori hace al proceso democrático tan débil epistémicamente de modo que sea inferior a nuestra propia reflexión individual, debemos proceder, si es posible a hacer lo que sea necesario para respetar ese derecho a priori incluso por medios no democráticos", si bien es verdad que en este autor adquiere unos caracteres muy particulares, puesto que parte de que "hay una cierta línea por debajo de la cual el proceso democrático pierde toda capacidad de mejorarse a sí mismo" pero "por sobre esa línea, la democracia se realimenta a sí misma, trabajando por el logro de sus propias precondiciones", *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pg. 194.

¹⁹⁹ NINO, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pg. 259.

dos nociones de democracia derivan de un opción todavía previa que remite a un diferente entendimiento de la “autonomía” en la que la Democracia se justifica²⁰⁰. Así pues, según este autor, se puede hablar de autonomía en un sentido fuerte y en un sentido débil.

El sentido fuerte de la noción que alude a la capacidad “de darse leyes a sí mismo y de no obedecer a nadie más que a sí mismo” y en este sentido, no puede existir un catálogo de derechos que limite las decisiones “autónomas” de los individuos. Pero por otra parte, “autonomía” se puede emplear en un “sentido débil” en el que desaparece la incompatibilidad con “un catálogo de derechos “inalienables” que la razón debe descubrir y el derechos proteger, aun frente a las mayorías”²⁰¹.

Si es el sentido fuerte de autonomía el que sirve de justificación a la democracia, nos encontramos ante una teoría republicana²⁰² y el modelo de

²⁰⁰ VIDAL GIL, E.J., “Justificación de la Democracia y límites a la decisión por mayorías”, *Doxa*, n° 15-16, 1994, pp. 227-241, considera que la autonomía “es condición del establecimiento del poder normativo de los individuos que implica el reconocimiento de su status como sujeto de derechos y obligaciones y su condición de ciudadanos frente al Estado; autonomía y derecho subjetivo expresan el poder del individuo como titular de derechos y obligaciones y son por ello requisito necesario pero insuficiente del régimen democrático” (pp. 230-231).

²⁰¹ VIDAL GIL, E., “Justificación de la Democracia y límites a la decisión por mayorías”, op. cit., pg. 231. Como representantes de la defensa de la autonomía en su ‘sentido fuerte’, el autor cita a Rousseau, Kant y Mill; el principal exponente de la autonomía en ‘sentido débil’ lo encuentra en la obra de Locke. Sería una distinción paralela a la de CONSTANT, B., “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Escritos políticos*, trad. M.L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257-285, también, por ejemplo, en BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. J. Bayón, Alianza, Madrid, 1988. Entre nuestros autores, ver LAPORTA, F., “Sobre el uso del término «libertad» en el lenguaje político”, *Sistema*, n° 52, 1983, pp. 23-43 y RUIZ MIGUEL, A., “Sobre los conceptos de la libertad”, *Anuario de derechos humanos*, n°2, pp. 513-549. Al respecto, LAPORTA, F., “Sobre el uso del término «libertad» en el lenguaje político”, op. cit., pg. 38, afirma “libertad negativa versus libertad positiva no es sino una forma polémica de mencionar la difícil adaptación recíproca de dos criterios diferenciados de justificación de normas jurídicas: los derechos humanos y el principio mayoritario o contractual”. También CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 89-99, conecta la existencia de dos modelos diferentes de democracia -directa o participativa y liberal o representativa- con distintas formas de entender la libertad -como libertad positiva o como libertad negativa, respectivamente-; en este caso, la autora postula frente a la crisis de la democracia -y frente a las propuestas de las élites- por un modelo que aproxime ambas versiones a través de la democratización de los subsistemas sociales distintos del político que se justifica sobre la base de la autonomía y que, frente a la democracia liberal, consigue atribuir a los ciudadanos, además de la titularidad, el ejercicio del poder.

²⁰² SKINNER, Q., “Les idéaux républicains de liberté et de citoyenneté”, *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, n° 21, 1992, pp. 37-59, plantea en este mismo sentido, la libertad positiva y la libertad negativa como modelos incompatibles de libertad política. Frente a Taylor y a Berlin, apunta la necesidad de recuperar la concepción de libertad propia del modelo republicano, anterior también a la época de primacía del contractualismo y de los derechos humanos (pg. 51).

funcionamiento real será más próximo al que A. Touraine en la clasificación citada con anterioridad describe como modelo francés. Los valores que limitan la decisión democrática serán los valores democráticos, básicamente aspectos relacionados con la 'libertad de decisión'. Más allá de estos límites, los individuos, en ejercicio de su autonomía, serán los encargados de decir qué valores inspirarán el sistema y qué derechos maximizan esos valores. Los derechos son, en cierto modo, posteriores a la Democracia. Desde esta versión, no existe contraposición entre autonomía pública y autonomía privada; la distinción entre lo público y lo privado está sometida a discusión²⁰³.

Por el contrario, si se parte de la autonomía en su "sentido débil", la Democracia adquiere una dimensión 'procedimental' y los derechos ocupan un lugar previo al de la decisión de las mayorías constituyéndose un "coto vedado" a las decisiones del poder democrático. La decisión democrática será ilegítima si supone vulneración de derechos fundamentales. En este segundo caso la autonomía se entiende como libre elección de planes de vida y aparecen fuertemente delimitados el ámbito público y el ámbito privado de modo que la democracia sólo se refiere a decisiones en el primero de ellos²⁰⁴.

²⁰³ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pg. 169, sobre el sometimiento a discusión de esta dicotomía y sobre el papel de los derechos en relación con la democracia, "el sistema de los derechos no puede hacerse derivar ni de una lectura moral de los derechos del hombre ni tampoco de una lectura ética de la soberanía popular, porque la autonomía privada de los ciudadanos no puede ni sobreordenarse ni subordinarse a su autonomía política. Las instituciones normativas que vinculamos con los derechos del hombre y la soberanía popular sólo pueden hacerse valer sin mermas y sin recortes en el sistema de los derechos si partimos de que el derecho a iguales libertades subjetivas de acción, ni puede simplemente imponerse al legislador soberano como límite externo, ni tampoco ser instrumentalizado como requisito funcional para sus fines. La cooriginalidad de autonomía privada y autonomía pública muéstrase sólo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la «autolegislación», figura conforme a la cual los destinatarios son a la vez autores de sus derechos. La sustancia de los derechos del hombre se encierra entonces en las condiciones formales de la institucionalización jurídica de ese tipo de formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes, en el que la soberanía popular cobra forma jurídica". Ver también KIMLICKA, W., *Filosofías Políticas contemporáneas*, trad. R. Gargarella, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 273 y ss., sobre la discusión de la dicotomía público-privado. Entre nuestros autores, BELTRÁN, E., "Público y privado. (Sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de *lo político*)", *Doxa*, nº 15-16, 1994, pp. 367-388.

²⁰⁴ Piénsese en los modelos de J. Rawls o C.S. Nino antes descritos, pero también en el de FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, op. cit., pg. 859, "...también axiológicamente y no sólo cronológicamente, la limitación legal del poder soberano precede a su fundamentación democrático-representativa. La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría.

De este modo, se asignará a los derechos una distinta función conforme a la cual aparecen en el modelo republicano como cauces de integración y en las teorías que forman parte del modelo liberal son fundamentalmente instrumentos de garantía de la individualidad frente al poder político. Por otra parte, también tendrán un distinto contenido, así, serán más fácilmente justificable la necesidad de reconocer y proteger determinados derechos que no constituyen estrictamente salvaguardias del ámbito individual en el modelo republicano que en el liberal donde esos otros derechos pueden ser entendidos como producto de la decisión democrática y, por lo tanto, menos fundamentales. Así pues, en lo que a nuestra cultura jurídica se refiere, me interesa prestar atención a las obras de dos autores, E. Díaz y E. Fernández, que representan estas dos teorías de la legitimidad hasta cierto punto contrapuestas²⁰⁵.

El primero de estos autores considera que el principio de legitimidad a adoptar es el de la legitimidad democrática que fundamenta en la libertad entendida como libertad de decidir. Con el límite de no dañar la misma libre decisión, cualquier régimen puede considerarse un régimen democrático. Retomando la tipificación antes realizada, podríamos decir que E. Díaz aparece como representante de una teoría 'republicana'. Eusebio Fernández también parte del principio democrático como criterio de legitimidad. Sin embargo, vincula este principio con las teorías

Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contrapone al estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión. Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre puera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica".

²⁰⁵ Y sólo hasta cierto punto, porque ambos refieren los derechos a un mismo contexto frente a aquellos autores a quienes hemos atribuido otro "concepto". Ver en SERNA BERMUDEZ, P., *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1990, la crítica al modelo de fundamentación de los derechos humanos al que se vincula la acepción que aquí manejamos. Sobre el tema y los autores a que nos venimos refiriendo, afirma que "la respuesta de nuestros autores al problema de la legitimidad vendrá estructurada en un doble nivel. En primer lugar, la legitimidad formal, configurada por el poder político democrático. Y, en segundo lugar, la legitimidad material, equivalente a la protección y el respeto de los derechos humanos, que no son más que la realización de los valores de libertad, pluralismo e igualdad" (pg. 297).

contractualistas y neocontractualistas. El fundamento del poder es la garantía o mejor garantía de los derechos; para cumplir esta función, el tipo de poder adecuado es el que funciona democráticamente, esto es, el que adopta como procedimiento de toma de decisiones el ‘principio de las mayorías’²⁰⁶. El límite a la mayoría, lo sitúa este autor en los derechos humanos fundamentales. En este caso, el modelo formaría parte de las teorías ‘liberales’.

Así pues, y desde estas premisas, según E. Díaz, la legalidad que surge con la Revolución Francesa consigue legitimidad a pesar de consolidar el triunfo de los intereses de la burguesía porque, además de dar entrada a los derechos humanos, es una legitimidad “democrática”. La nueva legalidad recoge “supuestamente” la racionalidad del iusnaturalismo y, esto es lo importante para la argumentación del autor, se basa en la “soberanía popular” que, “aun sin sufragio universal y aun con desigualdad económico social” resulta más ‘razonable’ que el procedimiento de adopción de decisiones en el Antiguo Régimen²⁰⁷. E. Díaz critica la interpretación del modelo de legitimidad legal-racional formulado por Weber; en su opinión, y frente a algunos intérpretes del autor alemán, las normas que derivan de la soberanía popular no son legítimas por ser normas, sino porque la soberanía popular como procedimiento de adopción de decisiones, “no es una instancia exclusivamente formal”, y continúa “en los estados democráticos, basados en la soberanía popular, se crean (subrayo la expresión) valores derivados de la libertad humana, base ineludible de esa soberanía popular (y como sustrato biológico, la misma vida, la existencia humana), que no se agotan o que pueden no agotarse, en modo alguno, en la mera legalidad”²⁰⁸.

La democracia es algo más que un conjunto de ‘reglas del juego’, se convierte

²⁰⁶ En favor de esta interpretación, ver SAAVEDRA, M., “El fundamento de la democracia en la obra de Elías Díaz”, *Doxa*, nº 15-16, pp. 95-108, pg. 98, contrapone la lógica liberal de la que considera representante a E. Fernández a la democrática de la que es exponente E. Díaz. Sobre el modo en que este autor entiende la relación de la teoría de E. Díaz con la de J. Habermas, ver pg. 102.

²⁰⁷ *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., pg. 50, y, más adelante, “...si se acepta como legítima la legalidad es porque en el fondo, y junto a la defensa de ciertos concretos intereses, se piensa que en ella está todavía contenida una cierta y determinada legitimidad, la propia (libertad, seguridad, propiedad) de esa clase buguesa en incontenible ascenso” (pg. 51).

²⁰⁸ *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., pp. 56-57.

en fin en sí misma²⁰⁹; a través del principio de las mayorías, el pueblo que detenta la soberanía define los valores de la convivencia; como límites encuentra toda una serie de exigencias ‘lógicas’ del propio principio democrático. De modo que, por un lado, los derechos sólo suponen en algún sentido límites frente a la mayoría en la medida en que coincidan con alguna de esas exigencias y, por otro, los “derechos fundamentales” serán sólo los civiles y políticos (libertad de expresión, sufragio...). En palabras del autor, “por su propia lógica interna, la regla de decisión de las mayorías, incluso convertida en ley, no puede, entre otras cosas: a) ni suprimir físicamente al discrepante (o al no discrepante); b) ni prohibir la libertad crítica y de pública expresión de ideas, opiniones y juicios; c) ni negar a los ciudadanos la participación política en comicios y libres y periódicas elecciones... y d) otras exigencias a ellas íntimamente vinculadas...no constituyen un «prius» ni un límite que se imponga desde fuera a la soberanía popular; constituyen exigencias lógicas internas de la regla de decisión mayoritaria, de la soberanía popular y de la propia legitimidad democrática. Y de ellas derivan, con ese mismo carácter, e) otros importantes derechos fundamentales que forman parte y dan pleno sentido a lo que hoy sería una teoría crítica de la justicia”²¹⁰. Obsérvese que los derechos no suponen verdaderos ‘triumfos’ frente a la decisión democrática, sencillamente o son producto de esta decisión –mediante la soberanía popular se decide qué derechos han de protegerse- o son condiciones para que la decisión sea efectivamente democrática.

Cualquier ‘límite’ al principio de la regla de la decisión por las mayorías más allá de estas implicaciones “lógicas” que enumera, supone un peligro para la libertad en que la democracia se fundamenta. De este modo, y frente a quienes defienden la existencia de una ‘libertad negativa’ previa y superior al ejercicio de la soberanía

²⁰⁹ De nuevo sobre la distinción democracia-medio y democracia-fin, recordar COTARELO, R., *En torno a la teoría de la Democracia*, op. cit, pg. 15, “habrá veces en que hablemos de la democracia como un fin en sí mismo (concretamente, al considerar las teorías políticas instrumentalistas de la democracia, esto es, aquellas que la entienden como un mal menor, una etapa en el camino hacia el tipo de sociedad superior), mientras que, en otras ocasiones, haremos uso del sentido instrumental de la democracia (concretamente, al considerar que la democracia no es más que un conjunto de normas procedimentales) sin que tal idea procedimental de la democracia deba confundirse con la que considera a esta última como una antesala del cambio social definitivo” (pg. 15).

²¹⁰ *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., pg. 142.

popular²¹¹, “esa ‘libertad negativa’ o esas ‘libertades’ no son ‘anteriores’ ni están ‘por encima’ de la ‘decisión normativa’ (se entiende, suprema) ni de la ‘decisión popular’ (de ese mismo carácter): no se olvide que se está hablando ahora exclusivamente desde la filosofía jurídica y política, con pretensión no absolutas por lo tanto; para mí aquellas se sitúan más bien en el interior mismo, en la ‘lógica interna’ de la libertad, de la soberanía popular y de la legitimidad democrática”. Se trata de superar la distinción entre libertad positiva y libertad negativa. Frente al profesor E. Fernández y en cuanto a las teorías contractualistas, llama la atención sobre el hecho de que no siempre ese límite que imponen a la decisión mayoritaria ha sido, a su vez, legítimo²¹².

A grandes rasgos, las relaciones entre libertad, soberanía popular y “constitución” en E. Díaz se resumen en la siguiente cita, “la libertad (la libertad positiva), ejerciéndose libremente -valga la aparente redundancia-, aunque no incondicionadamente, se actúa a través de la soberanía popular, la cual, cuando se trata de salir de una posición originaria, es decir, relativamente originaria, pues siempre está la historia detrás, se muestra en sus elementos básicos, podemos decir, como poder constituyente”²¹³. Es decir, en ejercicio de su libertad (autonomía), los ciudadanos constituyen el poder y le asignan funciones. Pero para que la decisión sea legítima debe ser democrática en un sentido que va más allá de procedimentalmente

²¹¹ Frente a LAPORTA, F., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, op. cit., RUIZ MIGUEL, A., “Sobre los conceptos de libertad”, también citada y también frente a la concepción de E. Fernández que vamos a desarrollar. Ver *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., pg. 144.

²¹² También critica la idea de aceptación (siquiera sea hipotética), en su opinión, el recurso a la “aceptación” impide “evitar y superar las dificultades e inconvenientes que suscitan los que -por una u otras razones- se niegan a ‘contratar’, o a decir que han contratado pero que, sin embargo, a) aceptan y cumplen normas derivadas de las instituciones generales (o hasta, si forman grupo, solicitan su legalización de acuerdo con aquéllas) y b) forman parte objetivamente de una más restringida comunidad que en su casi totalidad, o en su gran mayoría no se ha opuesto al pacto con las otras comunidades de ese mismo carácter para, como mínimo, su federación”, DIAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., nota 55, pg. 145.

²¹³ *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pg. 34. Ver también sobre las relaciones entre democracia y Constitución MACCORMICK, N., “Constitucionalismo y Democracia”, *Anuario de derechos humanos*, nº5, 1988-89, pp. 367-380. El autor propone que la constitución entendida como límites al poder consistentes en división de poderes, control jurídico y respeto a los derechos fundamentales se opone al modelo democrático por cuanto implica límites a la decisión del pueblo. Es de notar como “Constitución” para MACCORMICK, N., es lo mismo que Estado de Derecho para otros autores ; sobre la pluralidad de sentidos de Estado de Derecho nos detendremos a continuación.

correcta.

Por su parte, E. Fernández, parte de la necesidad de distinguir entre dos vertientes de la libertad, la libertad “negativa” y la libertad “positiva”. La libertad “negativa” es previa al Poder y al Derecho²¹⁴, que sirven para garantizarla y hacer compatible la libertad de cada uno con la libertad de todos. Como decía, para cumplir esta función, el Poder Político debe generarse democráticamente y organizarse como un Estado de Derecho.

La noción de democracia política que parece manejar E. Fernández, es una noción de democracia como procedimiento de adopción de decisiones compatible con la autonomía individual y limitado por la existencia de unos derechos previos -los derechos humanos fundamentales entendidos como derechos morales-. Frente a Elías Díaz, los límites a la decisión democrática le vienen dados desde fuera; de otro modo, en la concepción de E. Fernández, una decisión puede ser democrática e ilegítima.

Al menos esto es así hasta los años noventa. A partir de estas fechas, aparecen una serie de obras del autor en las que la Democracia aparece en un sentido que va más allá de lo político. De este modo, se entiende además de como “un conjunto de reglas e instituciones que tienen como objetivo tomar decisiones políticas” como Democracia social, es decir, como “un conjunto de valores y derechos, una forma de ser y comportarse la sociedad y sus miembros, una cultura y hasta un carácter”²¹⁵.

La propuesta, asume como objetivo mantener el Estado de bienestar, la democracia y el capitalismo²¹⁶. Para ello, el primer paso, en la línea de Forsthoff, consiste en reservar las funciones del Estado Social al ámbito administrativo excluyéndolo así del nivel constitucional que sería el propio del Estado de Derecho²¹⁷,

²¹⁴ El presupuesto fundamental de *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987 es “que la única razón válida y justa del Estado es el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los individuos, o lo que es lo mismo, que no existen razones del Estado por encima de las razones (intereses, derechos, necesidades) de los ciudadanos” (pg. 49).

²¹⁵ “Estado, Sociedad civil y Democracia”, *Valores, Derecho y Estado a finales del siglo XX*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 81-160, pg. 132.

²¹⁶ “Estado, Sociedad civil y Democracia”, op. cit., pg. 114

²¹⁷ E. Díaz, por el contrario, asume la propuesta de ABENDROTH, W., “El Estado de Derecho, Democrático y Social como proyecto político”, *El Estado Social*, trad. J. Puente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 9-42

de este modo “se podrá desconectar el Estado de Derecho de las actuaciones específicas del Estado social, y, al cambiar, corregir o revisar éstas no se sentiría afectada seriamente la esencia de aquél”²¹⁸.

Al tiempo, será necesaria una democratización de la sociedad civil que, por un lado, redunde en una educación de los ciudadanos para la política²¹⁹ y, por otro, convierta a ésta en una instancia idónea para afrontar una serie de prestaciones que hasta ahora estaban reservadas al Estado.

Con todo ello, aparecen dos categorías de derechos humanos, los que se presentan como ‘derechos humanos propiamente dichos’ que son condición del Estado de Derecho y en los que consiste la ética de mínimos que hace posible la democracia y los restantes derechos que antes se incluían entre los derechos humanos que toda Constitución debía reconocer -para simplificar los ‘derechos sociales’- y cuya existencia depende ahora de una decisión de ‘administración ordinaria’. De lo cual resulta que sólo la primera categoría de derechos constituye un límite a la decisión mayoritaria; es decir, sólo será ilegítima una decisión que atente contra los derechos “individuales”.

Hasta aquí se han planteado las relaciones entre democracia y derechos humanos como criterios de legitimidad del poder. Es ahora el momento de prestar atención a otro requisito que se exige para considerar al Estado como acreedor de obediencia, que se organice como Estado de Derecho. El primer problema en este punto lo presenta la multiplicidad de interpretaciones de la categoría que aparecen en la cultura jurídica española.

Para una de las versiones, el Estado de Derecho aparece como un conjunto de técnicas jurídicas que pretenden servir a “la libertad”. Sin embargo, en su evolución se confunden las técnicas con los objetivos y la definición de Estado de Derecho pasará a incluir la democracia y los derechos humanos; de esta forma, se utiliza la

²¹⁸ “Estado, sociedad civil y democracia”, op. cit., pg. 112.

²¹⁹ En la línea de “Ética, Derecho y Política ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?”, *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 15-27 y “Ética y Política”, *Filosofía Política y Derecho*, op. cit., pp. 27-33, en las que subraya la necesidad de mantener el ámbito de la política dentro del ámbito de una ética de mínimos “que regule nuestra actividad como ciudadanos y como sujetos activos de decisión política”, pg. 18.

expresión para hacer referencia al tipo de Estado opuesto al totalitarismo y al absolutismo²²⁰. Con carácter previo, además podemos establecer una distinción entre dos usos más generales de la noción. Desde el primero, se intenta dotarle de un carácter descriptivo en tanto en el segundo, que es desde el que el Estado de Derecho se presta a ser utilizado como criterio de legitimidad, adquiere connotaciones normativa. La primera de estas acepciones es la que suele atribuirse a Kelsen y desde ella, cualquier Estado es un Estado de Derecho puesto que hace referencia a aquel que se espresa a través de normas jurídicas. Para ser coherente, es preciso admitir que el Estado aparece históricamente como Estado de Derecho en este sentido formal; la burocracia y la existencia de un Derecho estatal suponen jerarquía y, en alguna medida, cierta forma de ‘división del Poder’²²¹.

A su vez, dentro de la expresión en cuanto se le dota de un alcance normativo, es donde encuentra su sentido la alusión a una acepción técnica y a un ‘uso ideológico’ que realiza el profesor A. E. Pérez Luño²²². En los orígenes doctrinales, la técnica de organización “Estado de Derecho”, se ordena a la consecución de la libertad política. Puesto que la elección de determinadas técnicas de entre las posibles, también supone una opción ideológica, desde sus orígenes, y aun en esa acepción “técnica”, “Estado de Derecho” engarza con una ideología en la que la libertad de los ciudadanos prevalece sobre la soberanía estatal, por cuanto impone al Poder Político la limitación de decidir conforme a Derecho²²³.

De lo expuesto se deduce el primero de los rasgos que se atribuye en esta

²²⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 238 y ss.

²²¹ El concepto coincide con el que en ASÍS, R. DE, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 43-54 aparece como “modelo restringido”.

²²² En este contexto, cuanto aludo a ‘ideológico’ lo hago en el mismo sentido que el autor cuando afirma que se trata de “reflejar un cierto movimiento de opinión doctrinal que, al socaire de los acontecimientos políticos, ha ido tomando consciencia de que la estructura jurídica del Estado de Derecho no es una forma adaptable a cualquier contenido, sino que tiene unas exigencias materiales directamente entroncadas en determinadas opciones de carácter político”, PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 239. No se dota al adjetivo de las dimensiones peyorativas que adquiere en este mismo autor en relación con el uso de la expresión ‘Estado de Derecho’ por juristas fascistas y nacionalsocialistas (pg. 240).

²²³ Ver al respecto GOYARD-FABRE, S., quien afirma que “de ahí ha nacido la esperanza liberal ligada al Estado que se llama, sin referencia doctrinal precisa, Estado de Derecho”. “L’Etat de Droit. Problématique et problèmes”. *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, nº 24, 193, pp. 9-20, pg. 12.

acepción técnica al Estado de Derecho, la elección sometida a Derecho²²⁴ y que ésta exigirá, por su parte, una cierta división de poderes.

Un buen desarrollo de la versión “ideológica” de Estado de Derecho se encuentra en E. Díaz. Para este autor resulta esencial subrayar que no todo Estado es Estado de Derecho. Sólo merecerá ser llamado así el régimen que reúna una serie de características, a saber, imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la administración (que supone actuación según ley y suficiente control judicial) y derechos fundamentales. Pero además, la ley a que se somete el poder no es cualquier ley, sino la ley producto de la voluntad general (o, mejor, de lo que más se aproxime en cada momento a la voluntad general); la división de poderes supone un sistema de contrapesos y controles mutuos que termina con el control del legislativo a través de dos mecanismos, a saber, el control de constitucionalidad y los límites inherentes a la Democracia; el control del sometimiento de la administración a la ley es judicial y los derechos fundamentales incluyen los derechos económicos, sociales y culturales y “el derecho efectivo de todos los hombres a una participación igualitaria en los rendimientos de la propiedad, que tenderá así a adoptar formas de carácter colectivo”²²⁵.

Pero también es ideológica la expresión en E. Fernández, a pesar de que este autor reclama la importancia de la acepción técnica de la noción desde la que Estado de Derecho es fundamentalmente el modelo contrario al Estado arbitrario, en el momento de desarrollar los rasgos que considera atribuibles a esta forma de organización política, la divergencia básica con el modelo de E. Díaz se encuentra en punto a la inclusión o no de derechos sociales, económicos y culturales²²⁶. Las divergencias entre ambos planteamientos obedecen, como decíamos con anterioridad,

²²⁴ Sobre las distintas acepciones, TROPER, M., “Le concept d’État de Droit”, *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, “État de droit”, Presses Universitaires de Caen, n°4, 1993, pp.25-40. En este punto el autor discute si cuando hablamos de Estado de Derecho hacemos referencia a Poder sometido a Derecho o a Poder cuya elección ha de tener forma jurídica. Llega a la conclusión de que sólo desde la segunda acepción puede entenderse que el Estado sirve a la Democracia y a la libertad.

²²⁵ En *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª edición, Taurus, Madrid, 1981, pp. 41-42 elabora una lista con el núcleo indispensable cuyo contenido se explica como respuesta frente a la situación política española. Ver también “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema*, n°125, 1995, pp. 5-22.

²²⁶ Ver “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema*, n°138, 1997, pp. 104-114.

a una opción previa desde la que los derechos asumen una distinta función en relación con el Poder y con el conjunto de la sociedad. Para E. Díaz, conviene recordarlo, los derechos constituyen instrumentos de integración, para E. Fernández los derechos son triunfos frente al poder aunque éste sea democrático.

Si dejamos de lado el uso ‘descriptivo’ porque lo que aquí nos interesa es la función de legitimidad de estas categorías, existen dos motivos que me llevan a optar por el concepto “ideológico” de la expresión:

- 1.- La acepción de E. Díaz ha tenido amplia aceptación en la cultura jurídica española, en tanto la acepción ‘técnica’ ha sido en menor medida tenida en cuenta²²⁷.
- 2.- En nuestro contexto, en la práctica no es frecuente que se utilice “Estado de Derecho” en su sentido técnico-formal y, cuando así ocurre, se requiere precisar que la acepción es precisamente ésta.

Coincido por ello con el profesor Pérez Luño en que para dotar a la noción “de un *status* significativo preciso y, consiguientemente, para comprender su relevancia en la teoría y en la praxis política, es necesario reconocer en ella una tensión entre las garantías formales que lo integran y las exigencias materiales de justicia que la presentan como elemento de legitimación”²²⁸. De esta forma, Estado de Derecho, derechos fundamentales y democracia se convierten en criterios de legitimidad del poder ampliamente relacionados. Así, no se puede hablar de Estado de Derecho si el Estado no asume entre sus objetivos la protección de los derechos o si su origen no es democrático²²⁹; sin embargo, conviene delimitar y reservar Estado de Derecho para hacer referencia a una *estructura* -la que se organiza sobre la base del principio de legalidad y de la división de poderes- del poder democrático y que se ordena a la garantía de los derechos o a la ‘profundización de la Democracia’ en función del

²²⁷ Creo, sin embargo, que F. LAPORTA, “El Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *Doxa*, nº 15-16, 1994, pp. 133-146 puede citarse como representante de este modelo.

²²⁸ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 241.

²²⁹ Sobre la relación necesaria entre derechos humanos y Estado de Derecho ver ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, op. cit, pg. 174 y PECES-BARBA, G. , *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 321-351.

modelo de partida²³⁰ que condiciona también la opción por un modelo amplio o por un modelo restringido de Estado de Derecho.

Con ello, podemos explicar la evolución del Estado de Derecho en el sentido desde el cual aparece vinculado históricamente al liberalismo, es decir, en su sentido ideológico como una mutación en los objetivos del Estado que supone un cambio en su estructura. Desde el punto de vista hasta aquí desarrollado, los derechos fundamentales desempeñan -junto a otros criterios- una función de legitimidad del poder, si el Estado asume como objetivo los derechos humanos para presentarse como acreedor de obediencia, podemos pensar que adoptará una u otra “forma” según le permita una mejor satisfacción de los “bienes”²³¹ que están detrás de los derechos. Pero también es posible analizar la relación desde otra perspectiva según la cual tiene sentido afirmar que el alcance de los derechos fundamentales reconocidos viene determinado por la concepción general del Estado o la teoría general de la Constitución. En este apartado de la introducción me referiré de forma primordial al segundo punto de vista, aunque también apunte el primer aspecto.

Y desde el planteamiento adoptado, resulta interesante la opinión de Böckenförde -a la que, por otra parte, ya nos hemos referido-. Este autor, en el contexto alemán, intenta indagar la concepción general del Estado presente en la L.F.B. para, a partir de ahí, encontrar una *única* teoría que sirva de base a la interpretación de los derechos fundamentales. Las posibilidades que propone son cinco: teoría liberal o del Estado de Derecho burgués, teoría institucional, teoría axiológica, teoría democrático funcional y teoría del Estado social. A propósito de esta tipología R. Alexy²³² afirma la existencia de criterios heterogéneos. Las teorías del Estado liberal, del Estado social y del Estado democrático se presentan como

²³⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, op. cit., pg. 857, maneja un concepto de Estado de Derecho que se caracteriza “a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público - legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes... b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”

²³¹ Hablo de bienes en sentido amplio, para esquivar el problema del fundamento.

²³² *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdéz, C.E. C., Madrid, 1993, pp. 542 ss. Rechaza, además, la posibilidad de que una sola de ellas constituye la “teoría de los derechos fundamentales”.

teorías “teleológicas generales” o “como teorías de principios de los derechos fundamentales”.

La teoría axiológica y la teoría institucional tienen una naturaleza diferente. No realizan, como las primeras citadas, “adscripciones materiales de fines y ponderaciones”²³³. La teoría axiológica se sitúa en el ámbito del fundamento y, por tanto, la teoría liberal, del Estado social y democrática son manifestaciones de la opción por una u otra teoría axiológica. Si el fundamento de los derechos se sitúa en los valores y si éstos tienen un contenido u otro, excede por el momento del ámbito de nuestro estudio. La teoría institucional, por su parte, se corresponde con una teoría general institucional del Derecho²³⁴; se trata de una teoría que afecta a la vertiente “jurídica” de los derechos, esto es, al plano estructural, por lo que se situaría en el punto de vista interno.

Sí influye, no obstante, en el carácter de los derechos como criterio de legitimidad del poder que se opte por una teoría liberal, del Estado social o democrática. Cada una de ellas asigna fines distintos al Estado que a veces se concretan en derechos. Al respecto, Habermas identifica tres paradigmas, el formal liberal-burgués y el material del estado social y el propio modelo deliberativo. Las distintas versiones que se observan en la literatura sobre el estado social, y las distintas respuestas ante la crisis de esta fórmula política, tienen mucho que ver con la aceptación o el rechazo del modelo republicano y, con él de la idea de ‘solidaridad’.

Así pues, el modelo liberal-burgués, es coherente con una concepción desde la cual los auténticos derechos fundamentales son los de inspiración liberal. El modelo material del estado social supone una modificación de la forma de entender la finalidad ética de los derechos apartir de la toma de conciencia de que aunque con “la autonomía privada queda garantizado a cada cual su *status* de persona jurídica”, “éste está muy lejos de fundarse solamente en la protección de un ámbito de vida privada en sentido sociológico, aun cuando sea sobre todo en él donde la libertad jurídica puede *acreditarse* como posibilidad de la libertad ética. El *status* de un sujeto jurídico

²³³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 543.

²³⁴ ANSUATEGUI ROIG, F.J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una Aproximación)*, Dykinson, Madrid, 1996.

libre, autónomo en el sentido del derecho privado, viene constituido por la totalidad de todos los derechos relativos a acciones y relativos a *status*, que resulten de la configuración políticamente autónoma del principio de la libertad jurídica”²³⁵. A estos dos modelos, en los que se mantiene la contraposición entre autonomía privada y ‘autonomía pública’ opone Habermas la propia construcción procedimental que privilegia el ‘derecho reflexivo’ al ‘formal’ del Estado liberal y al ‘material’ del Estado social y que “acentúa normativamente precisamente esta doble referencia de la relación entre igualdad jurídica e igualdad fáctica a la autonomía privada y a la autonomía pública, subrayando todos los ámbitos en los que habrá de dirimirse la disputa política acerca de los criterios, siempre básicamente controvertibles, concernientes a igual trato, si es que la circulación del poder del sistema político ha de seguir la dirección de una regulación efectuada en términos de Estado de derecho”²³⁶.

A mi modo de ver estos tres paradigmas que señala Habermas pueden reconducirse a tres diferentes interpretaciones de la aparición histórica del Estado social, dos de ellas se mantienen en el modelo liberal y otra es, como la de Habermas, republicana. Así, me referiré a la concepción ‘liberal’ (que me parece encuentra su origen en Forsthoft), la ‘democrática’ (que entiendo representa Abendroth) y que es ‘republicana’ y una tercera posición desde la que el Estado social aparece como exigencia de los mismos valores que inspiran el Estado de Derecho en su primera versión liberal (en este caso el representante es un autor contemporáneo, L. Ferrajoli), esta última viene a coincidir, a grandes rasgos, con el modelo que Habermas considera paradigma material del Estado social.

Con carácter previo a la reflexión sobre algunas de las implicaciones de cada una de estas teorías, conviene reiterar, que el Estado de Derecho que se desarrolla desde la teoría liberal evoluciona hacia el Estado Social, de modo que las distintas teorías responden también a distintos momentos en la evolución del Estado liberal de Derecho. Además de las fórmulas de Estado de Derecho que se desprenden de las

²³⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pg. 482.

²³⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pg. 498.

teorías liberal, democrática y del Estado Social, los autores señalan una nueva evolución del Estado de Derecho que afecta fundamentalmente a su estructura y -por ello al punto de vista interno- y que se corresponde con lo que se ha dado en llamar Estado Constitucional. Puesto que, como digo, el Estado Constitucional no se refiere a los fines sino a la estructura del Estado y al modelo del Derecho, prestaré una mayor atención a esta propuesta al hilo del punto de vista interno. Sin embargo, me parece conveniente en este lugar detenerme, siquiera sea someramente, en las implicaciones que tendría adoptar la teoría que podemos denominar del Estado Constitucional.

Así pues, la teoría liberal o del Estado de Derecho burgués de los derechos fundamentales se encuentra en los primeros modelos históricos de aparición de los derechos fundamentales. Efectivamente, los orígenes doctrinales de los derechos humanos se confunden con las primeras teorías liberales del Estado²³⁷ y es que en la teoría política liberal burguesa, que triunfa con la Revolución Francesa, el Estado de Derecho se define precisamente por la garantía de los derechos además de por la división de poderes y los límites al poder.

En este modelo, los derechos son previos al poder y como parte de la exigencia de garantizarlos se habla de la separación entre la sociedad civil (en algunas versiones también la sociedad civil es producto del pacto) y el Estado. Las funciones del poder político son muy concretas, el resto de los asuntos ‘colectivos’ pertenecen al ámbito de las relaciones privadas. En estos primeros momentos la idea de Estado de Derecho se encuentra “en coherencia histórica con una burguesía cuyas razones vitales no son compatibles con cualquier legalidad, ni con excesiva legalidad, sino precisamente con una legalidad destinada a garantizar ciertos valores jurídico-políticos, ciertos derechos imaginados como naturales que garanticen el libre despliegue de la existencia burguesa”²³⁸; en estos orígenes el Estado es liberal y los derechos para cuya protección se institucionaliza el poder son los “derechos individuales” configurados

²³⁷ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, op. cit., pp.127-241 y DÍAZ, E., *Legalidad-legitimidad en el Socialismo democrático*, op. cit., pp. 125-130.

²³⁸ GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, 2ª edición, Alianza, Madrid, 1985, pág. 53.

como “derechos negativos o derechos-límite frente a la acción del Estado, que, en todo caso, podría, por motivos de orden público, fijar ciertas limitaciones a su ejercicio: limitaciones externas, y destinadas únicamente a garantizar el ejercicio por los demás de tales derechos”²³⁹. De este modo, y en cuanto criterios de legitimidad del poder, los derechos actúan como elementos que lo limitan y que lo conforman. Las primeras declaraciones únicamente contienen derechos de libertad y de participación -estos últimos tienen que ver más bien con el aspecto democrático de la nueva forma de legitimidad²⁴⁰-.

La teoría de los derechos fundamentales del Estado social, por el contrario, parte de que “la garantía jurídica de la libertad delimitativa se muestra insuficiente para asegurar la libertad de los derechos fundamentales como una libertad también real”²⁴¹. Para cumplir su función, los derechos no pueden ser sólo derechos límite, también deben constituir prestaciones del Estado. La nueva teoría se inicia con lo que G. Peces-Barba considera proceso de generalización²⁴². Si planteamos el surgimiento

²³⁹ LÓPEZ GUERRA, L., “Las dimensiones del Estado Social de Derecho”, *Sistema*, Madrid, nº 38-39, 1980, pp. 171 ss. Continúa diciendo: “La materia sobre la que se consideraba versaban éstos... se centraba en la libertad y la propiedad lo que, entre otras manifestaciones, venía a expresarse en la libertad contractual. El contrato se muestra como la idea clave del liberalismo, en lo político y en lo económico. Y la libertad de contratar respecto a los bienes propios suponía la desaparición de las complejas limitaciones existentes en el Derecho preliberal, que impedían la libre circulación de bienes y trabajo. Los derechos naturales postulados por la teoría liberal eran, pues, por su carácter absoluto y racional una reacción frente a la complejidad, históricamente heredada, de las reglamentaciones derivadas del Derecho feudal”.

²⁴⁰ DIAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, op. cit., Por diversas circunstancias, el Estado de Derecho evoluciona. En España la incorporación al Estado de Derecho se produce cuando éste se halla en su ‘fase’ de social; a su vez, el Estado Social de Derecho está empezando su ‘crisis’ en el resto de Occidente. E. Díaz habla de una tercera fase, el Estado Democrático de Derecho, que sería la respuesta-superación del Estado social. A la mencionada evolución es a la que me referiré en lo sucesivo, porque a su vez ha supuesto la transformación de los derechos que contribuyen a esta legitimidad. Sin embargo, en estos primeros momentos, también se incorpora, a mi entender, derechos políticos que hasta que se produzca el proceso de generalización que una gran mayoría de autores entienden como proceso de ‘democratización’ (veremos que es el caso de G. Peces-Barba), el sufragio será masculino y censitario, pero que ya suponen la incorporación de la ‘democracia’ como criterio de legitimidad tal y como lo entiende el iusnaturalismo racionalista.

²⁴¹ BÖCKENFÖRDE, E.W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 45-71. pg. 64.

²⁴² PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pg. 160 ss., para quien “constituye la otra cara, la línea histórica antagónica del reduccionismo liberal -que supone una negación parcial de los derechos fundamentales al ceñirlos a los derechos como no interferencia-, y también del marxismo-leninismo -que defiende una negación total de la idea... consistirá en el progresivo, aunque nunca definitivo ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir, que se corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribía su disfrute a una clase social, la burguesía”.

histórico del Estado Social como una mutación en las funciones atribuidas al Estado de Derecho y si, desde la perspectiva que estamos manteniendo, la finalidad última de este tipo de Estado es la realización de la Dignidad Humana que se expresa en derechos, bien podemos afirmar también que el origen del Estado Social se encuentra en la aparición de nuevos derechos. Ya no se trata únicamente de limitar en forma negativa al Estado, ahora se le imponen también obligaciones²⁴³.

Cuando hablamos de Estado social, parece que exigimos “una cierta implicación del Estado en la lucha contra la menesterosidad social y económica”²⁴⁴. Ya en el Estado liberal existen medidas tendentes a paliar determinadas necesidades que no se ven satisfechas por el libre juego de la oferta y la demanda; “en efecto, desde el último tercio del siglo XIX se desarrolló en los países más adelantados una ‘política social’ cuyo objetivo inmediato era remediar las pésimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población”. Sin embargo, estas “intromisiones” del Estado en la sociedad más allá de las funciones represiva y de solución de conflictos, no pueden parangonarse con el papel del Poder Público que se conceptualizará como Estado social. En este sentido, parece importante distinguir la respuesta a la llamada “cuestión social” del “Estado Social”²⁴⁵.

Denuncias doctrinales ante la insatisfacción por los logros de la Revolución Francesa surgen desde los momentos inmediatos posteriores a la misma²⁴⁶. La libertad y la igualdad esgrimidas como consigna se quedaron en el plano formal y no se alteran las condiciones de las clases más desfavorecidas. Pese a los postulados del liberalismo, se hace inevitable la articulación de medidas públicas dirigidas contra situaciones de necesidad que se constituían en obstáculos al propio desarrollo

²⁴³ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, op. cit., pg. 861

²⁴⁴ VALLESPIN, F., “Estado de bienestar y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº1, 1988, pp. 125-139, pg. 125.

²⁴⁵ En esa distinción insiste GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, op. cit. pp.18 ss. Un uso indistinto de ‘estado social’ y ‘estado de bienestar’, encontramos en GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., “La justificación del Estado de bienestar. ¿Una nueva concepción de los derechos humanos?”, *Los derechos económico-sociales y la crisis del estado de Bienestar*, dir. Theotonio, V. y Prieto, F., ETEA, Córdoba, 1996, pp. 60-93.

²⁴⁶ CASTRO CID, B. de, *Los derechos económicos sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León: Universidad, Secretariado de publicaciones, 1993, pp. 46 y ss.



capitalista. Se introducen también restricciones a la libertad contractual en distintos ámbitos que suponen límites externos al contenido de unos derechos que no dejan de ser previos y absolutos²⁴⁷.

Por un lado la “presión” obrera, por otro las nuevas exigencias del sistema económico que se convierte en monopolista, van mostrando la necesidad de convertir la “política social” sectorial en una política social y económica generalizada. Especialmente las reivindicaciones se agudizan tras la Primera y encuentran respuesta tras la Segunda Guerra Mundial²⁴⁸ produciendo una transformación funcional y estructural que afecta ya a los postulados del Estado liberal, pues convierte al poder político en “regulador”, “benefactor” y “patrón”²⁴⁹.

Tanto en el plano teórico como en el de las circunstancias concretas que dan pie a las formulaciones doctrinales, el origen del nuevo Estado de Derecho es dual: por un lado es reclamado por los teóricos de la “izquierda”, por otro se produce el “raptó capitalista” de la noción²⁵⁰. Por eso se puede decir que con la ‘crisis’ del capitalismo se desarrollan dos vías de Estado comprometido con la sociedad. La distinción tiene

²⁴⁷ LÓPEZ GUERRA, L., “Las dimensiones del Estado social de Derecho”, op. cit., pp. 171 ss, pg. 178: “... nos hemos referido a limitaciones legales restrictivas de la libertad contractual, que deja de ser absoluta: pero nada hay aquí que contradiga en el fondo el pensamiento liberal, que admitía la limitación legislativa de los derechos, en cuanto se respetase el principio de su carácter absoluto y previo al mismo Estado (salvo en cuestiones de orden público). La limitación aparecía así como incidental al contenido del derecho, y susceptible de modificación o desaparición, ya que lo que una ley crea, otra ley puede anular, mientras que el derecho como tal permanece, y su limitación (o delimitación en su caso) no trasciende al ámbito constitucional”.

²⁴⁸ Primero, es necesario atender las demandas obreras para evitar la extensión de la Revolución Soviética, más tarde el replanteamiento del papel del Estado se verá impulsado por el temor a los regímenes “totalitarios de derechas”. A todo ello se une la necesidad de reconstruir Europa y de establecer la infraestructura adecuada para el nuevo carácter del capitalismo. Por otra parte, y en gran medida vinculado a lo anterior, es relevante la transformación de las sociedades en “sociedades de servicios” -causa y consecuencia del “Estado Social”- con la consiguiente dependencia de las “organizaciones” (para aludir a este fenómeno, GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, op. cit., pp. 104-120, habla de sociedad organizacional).

²⁴⁹ LÓPEZ GUERRA, L., “Las dimensiones del Estado social de Derecho”, op. cit., pg. 175. En el mismo sentido GARCÍA-PELAYO, M., en *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, habla de una fuerte interrelación entre el Estado y la sociedad que hace asumir al primero como objetivo la “procura existencial” convirtiéndose a la vez en distribuidor y “manager”. GARRORENA MORALES, A., en *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, señala cómo la transformación estructural y funcional del Estado le lleva a asumir entre sus tareas la función asistencial, la función de remodelación social y la función de intervención y tutela de la economía.

²⁵⁰ GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pp. 27 ss.

que ver, en mi opinión, con la delimitación del sentido que se viene dando a “Welfare State” del de “Estado social”. El primero supone una finalidad de bienestar social que no es exclusiva del Estado que “surge” en aquel momento y que puede medirse conforme a las partidas presupuestarias²⁵¹. En el continente, cuando se habla de Estado social, se hace referencia a una labor de configuración por el Estado de la sociedad. Supone una transformación estructural y funcional del Estado que se convierte en encargado de la “procura existencial” (función asistencial), asume una función de remodelación social y se ocupa de la intervención y tutela de la economía. Los autores utilizan distintas expresiones²⁵² para referirse a estas nuevas funciones del Estado que suponen que “el Estado y la sociedad ya no son sistemas autónomos, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos, sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de relaciones complejas”.

Desde el esquema de E. Díaz que sirvió de referencia para la noción del Estado de Derecho, parece que se mantienen los rasgos básicos, aunque quedan alterados algunos aspectos. Así, el ejecutivo produce normas con fuerza de ley, tiene lugar un incremento de su papel en el escenario de la división de poderes (el Parlamento se presenta como órgano deliberante, el ejecutivo es el órgano encargado de dirigir la política). El control de la actuación administrativa por los tribunales requiere de perfeccionamiento ante la multiplicación de los ámbitos en que ésta se produce. Por último, y lo que constituye el cambio más relevante para nuestro estudio, aparecen los

²⁵¹ GARCÍA-PELAYO, M, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, op. cit., pp. 13-14. y NICOLAS MUÑIZ, J., “La declaración de Estado social en la Constitución Española de 1978”, en *Libro homenaje a D. Manuel García-Pelayo*, vol. I, Caracas, 1980, pp. 163-180.

²⁵² Es ilustrativo en este sentido el artículo de LÓPEZ GUERRA, L., “Estado Social de Derecho”, op. cit., en el que se encuentra la terminología que aquí hemos utilizado. Efectivamente, este autor considera al Estado Social como un Estado regulador de las relaciones entre particulares (limitando, por tanto, la autonomía de la voluntad), un Estado Benefactor (punto en el que enlaza con el tema que nos ocupa) y un Estado-Patrón que utiliza “sus disponibilidades de medios y recursos pese a intervenir directamente en la vida social, no ya regulando relaciones interindividuales o concediendo derechos subjetivos a prestaciones estatales (es decir, poniéndose en la posición de obligado), sino adquiriendo inmediatamente derechos contra particulares determinados, transformándose en sujeto económico que entra en el tráfico, como contratante en la relación laboral (Estado-patrón) y en relaciones mercantiles (Estado-empresario). Se trata...de una actuación directa sobre los medios de producción, que pasan, de una titularidad privada a una titularidad pública, aun cuando su régimen concreto pueda variar” (pg. 183)

llamados derechos sociales, económicos y culturales junto con los individuales, civiles y políticos²⁵³.

El Estado social implica una reformulación de las razones en que se plasma el consenso que, decíamos, junto con la fuerza dotan de efectividad al poder. La libertad, la igualdad y la seguridad que en el Estado liberal de Derecho se entienden como objetivos desde una perspectiva formal, ahora se materializan. La libertad y la igualdad objetivo del Estado son las “reales”(siempre que se entienda el calificativo sólo como contrapuesto a “formales”) y la seguridad buscada también será la “social”²⁵⁴. En mi opinión, aunque no puede decirse que suponga una transformación del sistema económico, sí es cierto que el principio de Estado social caracterizará la estructura y los objetivos del Poder y del Derecho. Fundamentalmente la transformación operada sobre los objetivos, supone la consideración de nuevos derechos y la transformación de los ya existentes; pero también, una alteración del sistema de fuentes que incide en la estructura del Estado -en el Estado de Derecho-. Además conlleva un compromiso de los órganos del Estado y de los sujetos particulares en la transformación de la sociedad²⁵⁵.

Efectivamente, la nueva función de procura asistencial es satisfecha muchas veces a través de estos derechos sociales a los que se dota en los sistemas que acogen el principio de Estado social²⁵⁶ de un carácter “fundamental”. En los Estados “sociales” ha sido preciso dotar de efectividad a estos derechos aun cuando muchas veces vienen configurados de forma “vaga” y carecen de unas mínimas garantías. L.

²⁵³ DÍAZ, E., “Prólogo” a *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 9ª ed., Taurus, Madrid, 1998, pg. 14.

²⁵⁴ Ver PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 256-258. Precisamente de esta vocación del Estado de lograr la “seguridad” también en el ámbito de la sociedad el vienen buena parte de las críticas. Piénsese en FORSTHOFF, “Problemas constitucionales del Estado social”, *El Estado Social*, trad. J. Puente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 43-68. pero también en FERNÁNDEZ, E., “Estado, Sociedad civil y democracia”, op. cit.

²⁵⁵ CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, C.E.,C., Madrid, 1988, pg. 21. Al respecto, OLIVAS, E., “Problemas de legitimación en el Estado social”, *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 11-29, pg. 12, afirma, “el denominado Estado social de Derecho implica -formal y materialmente- el concepto jurídico de ‘Estado de Derecho’, pero se trata de una implicación tan forzada como contradictoria”

²⁵⁶ No en los que se ha identificado como Welfare State. En estos otros Ordenamientos, los derechos sociales no tienen carácter fundamental (en buena medida porque se les desvincula de la idea de Constitución formal o material).

López Guerra²⁵⁷ considera los derechos sociales consecuencia de nuevo carácter del Estado como Estado benefactor que en el tiempo sigue a la función del Estado como regulador. El objetivo a alcanzar es la garantía de un mínimo existencial, para lograrlo, el Estado “se va configurando no sólo como un regulador del mismo contenido de las relaciones contractuales (aparte de la regulación de la forma de las mismas), sino también como proveedor o financiador de una serie de prestaciones a individuos concretos, prestaciones distintas de la provisión de bienes indivisibles (seguridad, orden público, estabilidad monetaria, etcétera), no sólo por su carácter de prestaciones individualizadas, sino por tratarse de prestaciones jurídicamente exigibles por el individuo sujeto del derecho/crédito. No hay ya, pues, una regulación del contenido de derechos clásicos [que supone el “Estado regulador”], sino una auténtica creación de nuevos derechos subjetivos”; como ejemplos paradigmáticos cita los ámbitos de la “educación” y de la “Seguridad Social”.

Si bien puede decirse que tienden a realizar esta función de, en definitiva, procura asistencial, no es posible equiparar la figura de los derechos sociales a la de los derechos prestación o de crédito. Más bien hay que entender los “derechos sociales” como una expresión de uso corriente que como una categoría técnica para aludir a “aquellos que se desenvuelven y despliegan su eficacia en el ámbito de la Economía, de la Cultura o de las relaciones laborales”²⁵⁸. La forma en que se articulan estos derechos como medidas tendentes a satisfacer necesidades incompatibles con la igualdad y libertad reales varía. Así, unas veces aparecen como normas de organización cuyos destinatarios son los poderes públicos; otras como derechos de libertad de contenido igualitario, ya sean de autonomía, crédito o prestación²⁵⁹. No sólo falta un concepto preciso, a la vista de los rasgos que normalmente se utilizan para identificarlos, también la categoría está lejos de ser homogénea. Sin embargo, y frente a quienes se amparan en la ambigüedad para rechazar o desfundamentalizar la figura, también pueden ser entendidos como

²⁵⁷ “Las dimensiones del Estado social de Derecho”, op. cit. pp. 179 ss

²⁵⁸ PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit. pg. 186.

²⁵⁹ PECES-BARBA, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp.195-213, bajo el título “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”.

instrumentos al servicio de los mismos valores que inspiran los derechos ‘tradicionales’ (cuestión distinta será el acuerdo sobre el contenido de esos valores), y su inclusión o exclusión del ‘regateo político’ no es sino una opción de jerarquía de valores que es preciso aclarar.

Lo cierto es que tendremos ocasión de comprobar que el distinto alcance de los derechos sociales en relación con los derechos de inspiración liberal tiene mucho que ver con la teoría desde la que se pretenda comprender el Estado Social, que se pone de manifiesto en las críticas a los modelos reales en que éste se ha presentado que tendremos ocasión de repasar someramente con posterioridad. Así creo posible diferenciar un modelo liberal y un modelo ‘democrático’ que a su vez podemos encontrar coherentes con la versión liberal y la versión republicana de las que tomábamos como modelos a Rawls y a Habermas. Desde la primera de estas versiones, se señala la incompatibilidad del Estado Social y del Estado de Derecho por cuanto el primero supone dejar de lado uno de los presupuestos básicos sobre los que se apoya el segundo que es la separación entre el ámbito de la sociedad civil y del Estado. Las intromisiones del Estado en el ámbito hasta entonces reservado al libre funcionamiento de la sociedad civil supone una pérdida del ‘espacio vital dominado’ que se asocia a un incremento del poder estatal y que puede desembocar en una absoluta dependencia de los individuos en relación con el Estado²⁶⁰. A partir de aquí se desarrollan las críticas del neoliberalismo que niegan la legitimidad de la intervención estatal, pero también las del ‘liberalismo igualitario’ que pretenden reconducirla a sus justos términos –es el ejemplo de E. Fernández a que nos hemos referido con anterioridad-. Para estos últimos autores, en general, los ‘derechos sociales’ sólo se justifican como condiciones para el efectivo ejercicio de los derechos liberales. Vienen a ser, pues, derechos de segundo grado.

Un segundo bloque de críticas se dirige frente a los aspectos en los que el Estado Social se deja ver como una construcción que busca salvar la economía capitalista. Fundamentalmente se refieren a la reducción del ciudadano a consumidor

²⁶⁰ El autor a quién se debe el origen de estas críticas es FORSTHOFF, “Problemas constitucionales del Estado Social” y “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, *El Estado social*, op. cit, pp. 43-68 y 69- 106, pg. 80, respectivamente.

que impide la esperada democratización del Estado²⁶¹. Del mismo modo que en relación con el grupo anterior existían un grupo de posiciones negadoras del Estado social y un grupo de autores que pretenden su reformulación, sobre la base de esta crítica esos papeles los desempeñan los autores marxistas y los partidarios del socialismo democrático –en este caso el representante entre nuestros autores es E. Díaz-. En este último caso, los derechos sociales son, del mismo modo que los de inspiración liberal, condiciones para la autonomía. No existe, en general, una supeditación de los segundos a los primeros ni un distinto papel en la contribución a la legitimidad del Estado.

Existe, junto a éstos, un tercer modelo que, desde una concepción liberal afirma la equiparación axiológica de los derechos liberales y de los derechos sociales. Como representantes podemos citar a R. Alexy o a L. Ferrajoli²⁶², y también, entre nuestros autores a L. Prieto²⁶³. Para estos autores los derechos, todos los derechos, constituyen mecanismos de protección del individuo frente, en primer lugar, a las mayorías. Ciertamente los derechos liberales y los derechos sociales obedecen a dos inspiraciones contrapuestas (el liberalismo y el socialismo), sin embargo, al ser integrados como derechos fundamentales en la Constituciones deben cumplir con la función que se asigna a tales derechos que es, precisamente, constuirse en límites a la decisión política.

Si bien era posible establecer una conexión entre Estado liberal de Derecho, el

²⁶¹ ABENDROTH, W., “El Estado de Derecho, Democrático y Social como proyecto político”, op. cit., pp. 40-41

²⁶² Ver ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., Me parece especialmente ilustrativa una cita de FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, op. cit., pg. 883, “si se comparte esta reinterpretación del contractualismo clásico como esquema de justificación de estado en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundametnales, es lícito reconocerlo como la primera aunque emprional doctrina de la democracia; no sólo de la democracia política o formal, a la que permite fundar sobre el consenso de los contratantes, sino también –y diría que sobre todo- de la democracia sustancial, a la que hace posible fundar sobre la garantía de sus derechos. Los derechos fundamentales...corresponden efectivamente a aquellas facultades o expectativas de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: piénsese en el derecho a la vida, en los derechos de libertad, en los derechos sociales a la subsistencia, a la salud, a la instrucción, a la conservación del ambiente y otros similares.”

²⁶³ Tendremos ocasión de detenernos en profundidad en los planteamientos de este autor. En relación con este problema ver PRIETO, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 69-116, pg. 114, (originalmente en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995, pp. 9-57.

Estado social de Derecho y las respectivas teorías de los derechos fundamentales; es preciso matizar cuando relacionamos el Estado democrático de Derecho con la teoría democrático funcional de los derechos fundamentales. Por esta razón, antes de referirme a la teoría democrático funcional, voy a hacer una breve referencia a qué se entiende por Estado Democrático.

De estos tres distintos planteamientos, obtendremos, a su vez, distintas posiciones en relación con la caracterización de las funciones de los derechos en el punto de vista interno.

Por último, la última de las teorías que tomábamos de Böckenförde, la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales supone que los derechos fundamentales “alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática (esto es, que transcurre de abajo a arriba) del Estado ...y de un proceso democrático de formación de la voluntad política. La garantía del ámbito de libertad de los derechos fundamentales tiene lugar para proteger y facilitar estos procesos”²⁶⁴.

Algunos autores proponen el Estado democrático como una tercera forma del Estado de derecho²⁶⁵. En nuestra cultura jurídica existen dos versiones; la primera lo identificaría con el Estado de Derecho en el que se reconoce el sufragio universal y la segunda lo considera la respuesta ante las insuficiencias del Estado social. El primer sentido es el que lo relaciona con la expansión del sufragio. Su construcción también es paralela a la del proceso de generalización; cuando consiguen acceder a los órganos de decisión, las clases desfavorecidas -entonces el proletariado- consiguen imponer sus reivindicaciones. Así entendido, no supone una alteración en los objetivos o en la estructura en relación con el Estado liberal o el Estado social de Derecho.

²⁶⁴ BÖCKENFÖRDE, E.W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 60-61.

²⁶⁵ COTARELO, R., *En torno a la teoría de la Democracia*, op. cit., pg. 15, afirma “que la democracia es un momento -posterior- del Estado de Derecho, una etapa en el desarrollo de éste, se ha venido poniendo de manifiesto en los últimos tiempos. Seguramente, la motivación de esta tendencia tiene algo que ver con el deseo de recuperar una dimensión nueva de la democracia, concretamente aquella que surge de considerarla como un paulatino proceso de reivindicación igualitaria. En concreto, al ir abandonando el pensamiento revolucionario una posición tras otra, en una reconciliación manifiesta con el orden constituido, la democracia aparece ahora como la única posible materialización de aquel proceso que no conducía a ninguna parte. En otras palabras, la democracia obedece a la lógica de la emancipación. La felicidad frente a la seguridad y la garantía o, como diría Tocqueville, el progreso frente al orden” (pp. 15-16).

Sin embargo, también es posible entender Estado Democrático como evolución o complemento del Estado social. E. Díaz, ya en 1966, propone una tercera fórmula del Estado de Derecho, el Estado democrático que supondría la superación del Estado social de Derecho. Abendroth²⁶⁶ señala cómo la fórmula de Estado social aparece en el pensamiento “socialdemócrata” vinculada a una necesidad de extender la democracia a la sociedad para ofrecer a todas las clases las mismas oportunidades en el proceso económico, pero pierde su conexión con la cláusula de “Estado Democrático”, a la que en su origen viene unido en la Ley Fundamental de Bonn, “de modo muy consciente para expresar que la noción de Estado social no solamente encierra exigencias concretas del particular frente al poder público²⁶⁷. El autor, como en nuestra cultura jurídica E. Díaz, concibe el Estado social como un momento en la transición hacia la “democracia real”, por lo que al quedar desvinculado de aquel objetivo se convierte en una prolongación del capitalismo con las consiguientes “ilegítimas e injustas desigualdades” e “insuficiencias también con respecto a la libertad”²⁶⁸. W. Abendroth reprocha a la izquierda el haber abandonado su proyecto de modificación de la estructura económica sustituyéndolo por la propiedad de los trabajadores que se consigue a través de créditos. Por último, denuncia que el Estado social supone una socialización de los costes y una privatización de los beneficios; J. Habermas coincide en subrayar como una de las incoherencias que provoca la crisis de legitimidad en el capitalismo tardío, que la producción socializada persiga fines no generalizables.²⁶⁹

²⁶⁶ “El Estado de Derecho, Democrático y Social como proyecto político”, op. cit., pg. 30

²⁶⁷ “El Estado de Derecho, Democrático y Social como proyecto político”, op. cit., pg. 23. Más adelante indica cómo en ese proceso de asunción, primará el sentido de Forsthoff, para quien el Estado social “tiene como función sobre todo sustraer a determinados sectores de esa sociedad capitalista parte de sus ganancias para entregarlas a otra y, en concreto a la industria de armamentos y a los sectores industriales con ella relacionados. De este modo se establece un factor de compensación, cosa que entonces no se sabía y que desde Keynes se fundamentó científicamente, a efectos del buen funcionamiento de una sociedad postcapitalista; en efecto, una gran parte del producto social ha de ser desviado hacia actividades improductivas, si es que se desea funcione la estructura de la propiedad capitalista en una relativa plena ocupación”, pp. 31-32.

²⁶⁸ En *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, op. cit., y “Socialismo Democrático: instituciones políticas y movimientos sociales”, *Sistema*, nº 62, Madrid, 1988, pp. 41-67, pg. 42

²⁶⁹ HABERMAS, J., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, op. cit.

En esta acepción, por tanto, el Estado democrático sería el estadio superior del Estado social. En él se conseguiría, además de la participación en la decisión y en los costes, la participación en los beneficios. Puesto que supondrá, una alteración en cuanto a los derechos conviene hacer una superficial referencia a la crisis del Estado social²⁷⁰ que da pie a estos autores para proponer el modelo democrático. Sobre ella, A.E. Pérez Luño apunta tres tipos de causas: económicas, institucionales y “de carácter cultural”; yo reconduciría estas causas a dos, las económicas y la crisis de legitimidad. Las primeras se refieren a la crisis fiscal del Estado.

La merma de legitimidad tiene que ver con una frustración de las expectativas de quienes convierten el Estado social de Derecho en un ‘proyecto de emancipación’. En los orígenes, la legitimidad del Estado social se presenta como la alternativa del Estado de Derecho frente al autoritarismo que redundaría en una mayor libertad, sin embargo, “al avanzar la década de los 60, determinados movimientos sociales de izquierda empiezan a denunciar que el Estado social de Derecho, más que conducir a una plena emancipación de la sociedad, ha conducido a una domesticación de la sociedad y especialmente del movimiento obrero y, entonces, empiezan a surgir dudas sobre la validez institucional de los cauces del Estado social de Derecho”²⁷¹.

El replanteamiento de la legitimidad del Estado social, supone también la puesta en cuestión de los derechos sociales. En este sentido, se critica que el Estado social supone una ‘masificación’ de la sociedad y la dependencia del individuo que se ve privado de la posibilidad de atender por sí a sus propias necesidades. Ya Forsthof, en 1961 (por tanto, los mejores años del Estado social)²⁷², indica cómo ‘la existencia individual se ha transformado de un modo decisivo desde el comienzo del siglo ... En los comienzos del siglo XIX una parte relativamente alta de la población poseía un espacio vital sometido a su dominio. Era el corral y las dependencias, la propia casa, el taller. Desde entonces, y a causa del aumento de población, el espacio vital

²⁷⁰ Sobre estos temas en nuestra cultura jurídica ver también, CAPELLA, J.R., “La crisis del «Estado de bienestar» en la crisis de civilización”, *Problemas de legitimación del Estado Social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 177-188 y *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 1993, pp. 65- 156.

²⁷¹ PÉREZ LUÑO, A.E., “Los derechos sociales y sus críticos”, *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, op. cit., pp. 33-47, pg. 37

²⁷² “Problemas constitucionales del Estado social”, op. cit., pp.39-67.

sometido a dominio se ha visto reducido cada vez más...Esta reducción del espacio vital dominado tiene su contrapunto en la extraordinaria ampliación del espacio efectivo vital que el progreso de la técnica ha hecho posible(...)Este desarrollo es para la estructura del Estado de gran repercusión. La renuncia al ámbito espacial dominado supone a la vez renuncia a garantías sustanciales en la existencia individual...Para obtener lo que exige su subsistencia necesita de medidas organizadas y amplios mecanismos de abastecimiento. Y puesto que el hombre sin espacio vital que él domine directamente no tiene reservas, no está protegido frente a las crisis, sino abandonado a la asistencia en las más diversas formas”. Continúa con la facilidad con que un Estado asistencial puede convertirse en Estado totalitario: “si oponemos en contraste este Estado de prestaciones y de redistribución con fines de asistencia social obligatoria con el Estado en tanto que poder organizado, aparece un aspecto preocupante: ¿Qué ocurrirá cuando el Estado instrumente la dependencia que con él tiene el individuo como un camino de sevidumbre? El resultado sería un incremento del poder de dominación hasta tal grado que se haría insoportable”. Para evitar que el Estado social dé el paso, señala la importancia de que se limiten las funciones del Estado social a la consecución de “una existencia digna para cada ciudadano”. Por otra parte, los intereses en la formación de la voluntad del Estado llevan a la organización de los individuos en grupos de presión con el consiguiente “peligro de que sea el potencial organizativo de los participantes y no los argumentos objetivos los que prevalezcan y determinen dando la victoria al mejor organizado”²⁷³.

Estas circunstancias suponen otros tantos argumentos contra el Estado y los derechos sociales. Por tanto, crisis de legitimación y crisis fiscal con la consiguiente imposibilidad fáctica de seguir atendiendo a las exigencias impuestas por los derechos sociales. El origen dual del Estado social hace que las críticas, como hemos apuntado, también vengan de ambos frentes. Desde el liberalismo más conservador se le acusa

²⁷³ FORSTHOFF, op. cit. pg. 59-60. RUIZ-RICO, G., “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución Española”, *Nueva época*, nº 71, Marzo 1991. pp. 171-195, cifra, entre otros, como resultados del Estado social -Cuyo examen crítico nos descubre “la falacia de su apellido”, pues se trata de “una adulteración que bien empleada, supone una garantía de absorción de toda la dinámica conflictual” (pg. 176)-la “superadministración” burocrática, “la decadencia de las instituciones portadoras de la representatividad” y la conversión de la sociedad en una “sociedad de consumo dirigido”.

de intromisiones injustificadas en el ámbito individual y de generar una clase de ciudadanos que se abandonan al Estado desinteresándose del trabajo; desde la izquierda, el objetivo al que se dirigen las críticas lo constituye el mantenimiento de la economía capitalista.

En 1978, “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”; sin embargo, no creo que el sentido de “democrático” en la expresión del art. 1.1 de la Constitución sea el mismo que el empleado por el autor citado. Antes bien, considero que con el calificativo de “democrático” el constituyente no pretende inaugurar una nueva forma de Estado de Derecho, sino subrayar que la nueva legitimidad va a basarse en el principio democrático por contraposición al régimen franquista. No se trata pues de una respuesta a la “crisis del Estado social” que ya se dejaba sentir en nuestro entorno cultural, de modo que estemos ante un modelo superador que intenta dar respuesta a las “críticas de izquierdas” ; sin embargo, sí es verdad que en España la crisis ha alcanzado al Estado social de Derecho antes de que el proyecto pudiera ser desarrollado y ello ha supuesto que aunque proclame el Estado social, no haya una única teoría de los derechos que inspire la práctica constitucional.

Por último, apunté con anterioridad cómo ha surgido un tipo de teorías sobre el Estado Constitucional que plantean la idea de un nuevo modelo de Estado que supone un cambio estructural en el Estado de Derecho. Fundamentalmente, el Estado Constitucional afecta a la estructura de poderes. Para algunos autores también supone un cambio en la relación entre el Derecho y la Moral. Desde el mismo modelo de Elías Díaz que sirvió como punto de referencia para explicitar la idea de Estado de Derecho, el Estado Constitucional supone entender el imperio de la Ley como imperio de la Constitución, la aparición del Tribunal Constitucional en el esquema de distribución de poderes, la extensión del control del Poder Público a la actuación del Parlamento y un incremento del protagonismo de los derechos fundamentales²⁷⁴.

En lo que aquí nos interesa existen dos formas de interpretar el fenómeno del constitucionalismo, la primera de ellas supone que el Estado Constitucional es una transformación de los presupuestos del Estado de Derecho que hace imposible

²⁷⁴ Ver DÍAZ, E., “Prólogo a la Novena Edición”, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, op. cit., pp. 13 y ss.

mantener la separación entre el Derecho y la Moral y que en materia de derechos supone eliminar la distinción entre un punto de vista externo y un punto de vista interno. Para estos autores, la Constitución es superior a la Ley y además tiene una naturaleza especial que le da el ser el instrumento que contiene los valores básicos de la convivencia de entre los que los derechos fundamentales suelen desempeñar el papel protagonista; según ellos, el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución cuyo contenido es posible ‘conocer’ en cada caso a veces más allá e incluso en contra del texto de la Constitución²⁷⁵. Desde esta interpretación, el Estado Constitucional viene a ser equivalente al Estado Justo y puesto que los criterios de legitimidad han sido totalmente incorporados, en adelante, bastará con consultar la Constitución - ‘material’ - para conocerlos. Se puede decir que esta interpretación del Constitucionalismo vendría a negar la irreductible ilegitimidad política de la que habla Ferrajoli²⁷⁶.

Un segundo grupo de autores interpretan el modelo como una ‘prolongación’ del Estado de Derecho, la Constitución es una suerte de ley superior a interpretar por el

²⁷⁵ Con posterioridad volveremos sobre el tema, pero podemos citar a autores como ZAGREBLESKY, G., *El Derecho Dúctil*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995 o DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., como representantes de este modelo.

²⁷⁶ Ver FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, op. cit., pg. 886, “la consecuencia más importante de este esquema de justificación externa es que, al no estar nunca plenamente realizados los fines y los valores justificantes, la legitimación política del poder en el estado de derecho, más todavía que su legitimación jurídica, es siempre, por su misma naturaleza, sólo tendencial e irremediabilmente imperfecta”. Y, más adelante, afirma cómo “en los modernos estados de derecho, donde proviene de abajo y de fuera, la legitimidad política es siempre relativa, condicionada y mensurable en grados: tanto porque depende del grado de efectiva realización de las funciones externas que justifican los poderes (grado de representatividad, grado de satisfacción de los derechos garantizados y de los intereses representados), como por la imperfección estructural de los instrumentos institucionales dispuestos para ese fin (representación indirecta, principio de mayoría, garantías jurisdiccionales y otras técnicas de tutela).” (pg. 887). Sin embargo, señala también cómo “ha sucedido por el contrario -en las culturas penalistas y, más en general, en la cultura jurídica y política de este último siglo- que las teorías liberal-democráticas, como por lo demás las socialistas, se han concebido a menudo a sí mismas no como parámetros, sino como fuentes de legitimación absoluta de los sistemas políticos edificados en su nombre. “Democracia”, “liberalismo” y “socialismo” se han transmutado consecuentemente en ideologías de legitimación -en el sentido normativista que aquí se ha dado a esta expresión- en las que se cambian las funciones ideales del estado por las reales, la fuente normativa de justificación por la justificación misma, el deber ser político por el ser jurídico o, peor todavía, por el ser de hecho de los poderes institucionales. Y cada vez que estado y derecho resultan así idealizados o valorizados éticamente, tienden a perder su carácter instrumental para transformarse ellos mismos en fines, valores, o “sustancias éticas” auto-justificadas” (pp. 887-888). Pues bien, a mi modo de ver, esto es precisamente lo que sucede con esta primera interpretación del ‘constitucionalismo’ a la que hago referencia.

Tribunal Constitucional y el Legislador en sus respectivos ámbitos de competencia (aspecto éste que tampoco encuentra una solución pacífica). Para estos autores, la incorporación a las Constituciones de elementos que encuentran un fundamento ético no tiene por qué suponer un cambio en las relaciones entre el punto de vista interno y el externo, tan sólo significa, en su caso, que el Estado y el Derecho se aproximan al ideal de legitimidad. La discusión es importante, porque como tendremos ocasión de comprobar, condiciona la función objetiva que en el punto de vista interno desempeñan los derechos fundamentales.

3.2. La función subjetiva. La garantía del desarrollo de la dignidad humana.

Hasta aquí he desarrollado la idea de que los derechos sirven a la legitimidad del poder organizado como Estado de Derecho; es el momento de apuntar que esa función de legitimidad se atribuye a los derechos en tanto éstos se ordenan al desarrollo de la dignidad humana.

Ya se dijo que en la figura de los derechos fundamentales pueden distinguirse las vertientes ética, política y jurídica. En el estudio de su función de legitimidad del poder prevalece la faceta política; sin embargo, cuando afirmamos que los derechos sirven de legitimidad al poder porque dan acogida a exigencias de dignidad nos adentramos en la vertiente moral. Estos aspectos aparecen íntimamente conectados entre sí. Más adelante, analizaré las repercusiones en el aspecto jurídico; en este momento me interesa reiterar que la función política es factible por el enlace ético de los derechos. Los derechos fundamentales sirven de legitimidad al poder sólo si aparecen como elementos de protección del individuo o como cauces de integración de éste. Excede del ámbito del trabajo un análisis detenido de la idea de dignidad que se encuentra en el origen de los derechos humanos; de cualquier forma, sí conviene hacer alguna referencia a ciertos aspectos que tendrán reflejo en las funciones de los derechos en el punto de vista interno. Por esta razón se intentará mostrar el concepto, en sentido amplio, liberal de persona moral desde la que en nuestro ámbito cultural se construye la idea de derechos y cómo este concepto ha sido sometido a revisión para

dar lugar, junto a posiciones negadoras de los derechos, a lo que podemos considerar un nuevo 'paradigma' que se asocia a lo que en relación con la función objetiva denominaba teorías republicanas.

Fundamentalmente, se puede decir que a partir de la concepción liberal se desarrollan dos líneas de aproximación que a su vez obedecen a las dos formas de entender la relación entre sociedad civil y Estado que veíamos como modelo republicano y modelo liberal. Ciertamente, en ambos casos se trata de teorías individualistas frente al comunitarismo, pero, como vimos en otro lugar, parten de una distinta idea de cómo el individuo se inserta en el Estado.

Como veíamos, los derechos en tanto criterio de legitimidad se relacionan con el Estado de Derecho que, a su vez, debe entenderse teniendo en cuenta los presupuestos subyacentes entre los cuales desempeña un papel esencial el "individualismo"²⁷⁷. Con anterioridad, nos detuvimos en precisar que la filosofía de los derechos humanos y del Estado de Derecho se vincula a la tradición liberal²⁷⁸-en sentido muy amplio, como 'tradición ilustrada'- . Con J. Gray ²⁷⁹, podemos considerar características de esta tradición liberal , el *individualismo* ("en cuanto afirma la primacía moral de la persona frente a exigencias de cualquier colectividad social") y ser *igualitaria* ("porque confiere a todos los hombres el mismo estatus moral y niega la aplicabilidad, dentro de un orden político o legal, de diferencias en el valor moral entre los seres humanos") , *universalista* ("ya que afirma la unidad moral de la especie humana y concede una importancia secundaria a las asociaciones históricas

²⁷⁷CHEVALLIER, J., *L'État de Droit*, Montchrestien, Paris, 1992, pg. 60, considera que "El Estado de derecho descansa a fin de cuentas sobre la afirmación de la primacía del individuo en la organización social y política, lo que entraña a la vez la instrumentalización del Estado, cuyo fin es servir a las libertades, y la subjetivización del derecho".

²⁷⁸ Otras posibilidades las dejamos de lado al estipular el concepto.

²⁷⁹ *Liberalismo*, trad. M. T. de Mucha, Alianza, Madrid, 1994 , pg.10. En el trabajo se distinguen dos grandes vertientes de una tradición que, pese a ello, conviene considerar de forma unitaria, el liberalismo clásico y el liberalismo revisionista (pg. 52) "en el que los ideales de justicia redistributiva y armonía social suplantán las viejas concepciones de un sistema de libertades naturales" (pg. 58). Es de notar la defensa del liberalismo clásico que le lleva, por ejemplo, a lamentarse de la "orientación igualitaria" de la Teoría de la Justicia de J. Rawls (pg. 69). GRAY, J. considera la propiedad privada y la economía de mercado condiciones y componentes de la libertad individual, por lo que no resultan de recibo las pretensiones del liberalismo revisionista de supeditar ocasionalmente los derechos de propiedad "a las exigencias de otros derechos, incluyendo los derechos a las libertades positivas de diversos tipos" (pg. 98).

específicas y a las formas culturales”), y *meliorista* (por su creencia en la corregibilidad y las posibilidades de mejoramiento de cualquier institución social y acuerdo político).

El punto de partida de ‘liberalismo’ constituye, pues, el individualismo en sentido ético. Ello supone, en palabras de L. Dumont²⁸⁰, que el individuo se conciba como “ser moral, independiente, autónomo y, en consecuencia, esencialmente no social, portador de nuestros valores supremos y al que encontramos en primer lugar en nuestra ideología del hombre y de la sociedad”. Las sociedades serán holistas cuando el valor supremo se sitúa en la sociedad como un todo, e individualistas si el valor es el individuo; cuando aquí hacemos referencia a la tradición liberal o individualista estamos contraponiéndola al holismo.

Desde el entendimiento de que nuestra cultura jurídica atribuye a la persona moral tal y como la entiende la “tradición liberal” la titularidad de los “derechos humanos”, el análisis de C.S. Nino puede servirnos para dar cuenta de este concepto²⁸¹. El autor citado, resume los rasgos característicos de este concepto en los siguientes cinco puntos: 1) Las personas morales están constituidas por su capacidad de elegir fines e intereses y de formular deseos así como de revisarlos y abandonarlos; 2) la persona y su capacidad de elección es previa a lo elegido; 3) la persona es responsable de sus elecciones; 4) “las personas morales están también separadas entre sí”, lo que significa “que tienen sistemas separados de fines e intereses y que son centros independientes de elecciones y decisiones”; y 5) “si algo es una persona moral nada que esté compuesto por ella o esté construido a partir de ella puede ser también persona moral”, por lo que en particular “las personas colectivas no son personas morales”. El profesor argentino, se esfuerza por poner de manifiesto que estos rasgos corresponden a un concepto “normativo” y “ético”.

Por una parte, el atributo básico de la personalidad moral resulta, según esta tradición, la capacidad de elección; por otra parte, los dos últimos rasgos vienen a incidir en la idea de que en la *concepción liberal* la personalidad moral se atribuye a

²⁸⁰ *Ensayos sobre el individualismo*, trad. R. Tusón, Alianza, Madrid, 1987, pg. 37.

²⁸¹ En NINO, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., pg. 173. En este trabajo, la concepción liberal de la personalidad moral se contrapone a la “comunitarista”.

los individuos -a todos los individuos por igual- y no a los grupos. Entender cómo se refleja esta concepción ética en la correspondiente concepción 'política'²⁸², resulta de enorme importancia para la descripción del funcionamiento de los derechos como elementos de legitimidad. En este sentido, se puede afirmar, que los derechos aparecen como mecanismos que tienden a garantizar el ejercicio de la libertad de elección en el tránsito a la libertad autonomía²⁸³; a su vez, la libertad de elección se predica de los individuos, por tanto, los derechos constituyen exigencias éticas de dignidad de los individuos cuya satisfacción se convierte -mediante el mismo proceso histórico que lleva a la construcción del Estado de Derecho- en una condición de legitimidad del Poder Político.

El 'individualismo' de la filosofía de los derechos es, como decíamos, el individualismo ético²⁸⁴, sin embargo, a partir de ese mínimo se producen divergencias en la forma en que quienes se consideran representantes de la tradición liberal se

²⁸² Un análisis de la capacidad del individualismo para conformar los sistemas político y jurídico se encuentra en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994. En la interpretación del autor las revoluciones liberales consisten precisamente en la construcción de "un sistema institucional colectivo" sobre la base de la libertad individual (pg. 63) de modo que ésta aparece como origen y finalidad del orden político. En el ámbito jurídico la transformación se refleja a través de la categoría del "derecho subjetivo" que "aparece como un simple instrumento técnico de los juristas" y se convierte "en su forma de derechos de libertad, innatos primero, políticos después" en "una pieza esencial en las ideas políticas que hierven en el final del Antiguo Régimen y que postulan una realización práctica, iluminada y esperanzadora".

²⁸³ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 229, "la libertad psicológica es un dato de la condición humana, discutido desde posiciones deterministas, pero presente en la historia del pensamiento e imprescindible para explicar muchas dimensiones de la cultura e incluso de la propia historia. Es la libertad de elección que nos permite escoger entre diversas posibilidades, y que es por consiguiente la base de la moralidad. Si el hombre actuase determinado y careciese de libertad de elección no existiría la moralidad, que es consecuencia de esa inicial libertad. Precisamente aparece aquí la conexión de esta libertad con la idea de libertad social, política y jurídica, fundamento de los derechos, puesto que ésta surge para garantizar en la vida social la libertad de elección, frente a los condicionamientos sociales producidos por el poder, por otras personas, por la existencia de necesidades básicas no satisfechas y por la falta (o la obstrucción) de los canales de participación en la vida política". En el texto transcrito aparece toda una concepción de los derechos en cuanto a su fundamento y a su contexto cuyo análisis excede nuestros objetivos, no obstante, en lo que nos interesa, vincula los derechos a la idea de libertad de elección que constituye el rasgo definitorio de la personalidad moral.

²⁸⁴ LUKES, S., *El individualismo*, trad. de J. L. Álvarez, Península, Barcelona, 1975. También en este sentido LUCAS, J. de, *El desafío de las fronteras, derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pg. 73, "el mensaje ilustrado es difundido por quienes defienden la primacía del individuo y de sus derechos, y, por tanto, la prioridad de la libertad y la primacía de la sociedad civil, pero, también por quienes advierten que la conciliación de esas libertades no es posible fuera del Estado o de una comunidad en sentido fuerte".

definen como 'individualistas'. Y ello en buena medida porque tras el término se esconden distintos significados (individualismo ético, individualismo abstracto, individualismo político, el individualismo económico, individualismo metodológico...) de cuyas implicaciones S. Lukes²⁸⁵ ha presentado un análisis crítico. Puede resultar de interés reproducir aquí en parte ese análisis porque ha sido utilizado por autores españoles para argumentar su defensa de los derechos aun desde el rechazo de algunas interpretaciones del individualismo²⁸⁶. En opinión del autor, el individualismo ético se corresponde con la libertad y la igualdad, y no debe confundirse con el individualismo abstracto según el cual el individuo es el "egoísta racional". Sí existe, a su entender, una implicación entre el individualismo abstracto y el individualismo metodológico por cuanto "esta doctrina excluye la consideración del impacto de factores sociales, culturales y lingüísticos en la mente y experiencia del individuo".

A este panorama, cabe añadir la necesidad de distinguir entre tres usos del término "individualismo" que se superponen a las distinciones de este autor²⁸⁷. Así,

²⁸⁵ Me refiero únicamente a su exposición de las relaciones entre el individualismo ético, el individualismo abstracto, el individualismo político, el individualismo económico y el individualismo metodológico por ser la que a estos efectos reviste mayor interés. LUKES, S., *El individualismo*, op. cit., pg. 171. Una defensa del individualismo metodológico -en la versión de WEBER, M., *Economía y Sociedad*, 2ª edición española, trad. de J. Medina, J. Rovira, E. Imaz, E. García Máynez, J. Ferrater, Fondo de Cultura Económica, México, 1969 - se encuentra en FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, op. cit.. A propósito de la distinción entre individualismo ético e individualismo metodológico ver BOUDON, R., "Individualisme et holisme dans les sciences sociales", *Sur l'Individualisme*, dir. P. Birnbaum y J. Leca, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1986, pp. 45-59; el autor contrapone individualismo ético a "colectivismo" e individualismo metodológico a "holismo". El individualismo político y el individualismo económico también adoptan, según lo entiende el autor a que nos venimos refiriendo, el individualismo abstracto como punto de partida. Según S. Lukes, el individualismo político se vincula al individualismo económico, con lo que la instrumentalización del Poder Político al servicio de los intereses económicos individuales. De este modo, Lukes establece una relación de necesidad entre la opción por el individualismo en sentido "abstracto", "metodológico", "político" y "económico"; no obstante, subraya la independencia del "individualismo ético" que describe C. S. Nino.

²⁸⁶ Así DE LUCAS, J. de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, op. cit., pg. 42. Para este autor "en el esfuerzo de abstracción por conceptualizar los derechos del ser humano (recordemos, el hombre desnudo), se produce un sujeto vacío, un sujeto contrafáctico e inexistente" que posibilita la exclusión frente a la pretendida universalidad. Y PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 43-51, "Los límites de una concepción liberal de los derechos. El caso de los derechos sociales".

²⁸⁷ BÉJAR, H., *El ámbito de lo íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1995, distingue también tres sentidos de individualismo conforme a los cuales "puede ser un método de explicación", "un argumento que legitime instituciones, valores y normas", o formar parte de "una descripción que caracterice un conjunto de fenómenos sociales, como es el caso relativo al abandono de los asuntos colectivos por mor de un celoso redescubrimiento de la esfera privada" (pg. 196). En su opinión, lo reprochable del individualismo es que aparezca en esta última forma.

F. Laporta subraya que al afirmar que el liberalismo es una “filosofía moral individualista” podemos atribuir a la expresión un carácter metodológico, descriptivo o “normativo”. Con ello, podemos decir que “hay un individualismo “metodológico” que pretende que las decisiones colectivas son una función de, o pueden ser interpretadas en términos de, las decisiones individuales. Hay un individualismo “ontológico” que pretende que la realidad humana sólo es definible como agregado de individuos separados. Y hay un individualismo normativo -que es el que nosotros hemos identificado como propio de la tradición liberal- que mantiene que los sujetos, destinatarios o receptáculos de los principios, normas y valores morales, son las personas individuales separables”²⁸⁸.

Frecuentemente, cuando se critica el individualismo que caracteriza la teoría liberal, no se separan suficientemente los ámbitos; aunque también es verdad que muchas veces han sido los teóricos ‘liberales’ -piénsese en el “liberalismo clásico”- quienes con el “individualismo” están proponiendo a la vez una descripción, un método y un valor.

Puesto que la crítica al individualismo liberal se traduce en crítica a la idea de los derechos -que ciertamente se vinculan a esta tradición no sólo histórica, también conceptualmente-, es preciso distinguir las distintas funciones que puede desempeñar la categoría en el lenguaje político. En primer lugar, si pensamos en el individualismo como descripción, se cuestiona la concepción de la sociedad como un conjunto de individuos aislados. Al contrario, se afirma que la posición del individuo en la sociedad condiciona sus valoraciones, sus capacidades y sus necesidades. Esta constatación en el plano descriptivo puede repercutir en los aspectos ético y metodológico.

Así pues, al hilo del rechazo del individualismo como descripción se produce, en el ámbito metodológico, el rechazo de aquellas teorías que pretenden explicar la acción colectiva como mero agregado de las acciones individuales. Llevando la crítica al extremo, algunos autores explican la acción del individuo en función de su

²⁸⁸ LAPORTA, F., “Sobre la teoría de la Democracia y el concepto de representación política; algunas propuestas para debate”, *Doxa*, nº6, 1989, pp. 121-141, pp. 124-125.

pertenencia al grupo²⁸⁹.

En el aspecto ético, que resulta de mayor interés para este trabajo, aquella crítica al individualismo como descripción, produce dos tipos de reacciones. La respuesta incompatible con la idea de “derechos humanos”, llevaría a lo que siguiendo a Dumont hemos considerado construcción de una sociedad holista. Desde ella se argumenta la disolución del individuo en el grupo del que forma parte y puesto que se considera que el valor ha de ser la comunidad y que el individuo sólo existe como parte del grupo, sus decisiones son función de la pertenencia²⁹⁰. Este tipo de posición se situaría fuera de lo que en otro lugar denominábamos “núcleo de certeza” de la idea de derechos humanos.

Para algunos pensadores, los que formulan la segunda respuesta a que hice referencia, el rechazo del individualismo como descripción no implica el abandono del individualismo como ética –del individualismo ‘normativo’-²⁹¹; esta opción permite mantener los derechos en su función de legitimidad del poder, aunque existen teorías que consideran preciso, en primer lugar, completar los catálogos con los derechos de la generalización y la especificación. Esos mismos autores que consideran que, precisamente para alcanzar la autonomía individual, el Poder Político debe actuar teniendo en cuenta la ‘realidad’, también proponen modificaciones en la forma de entender los derechos ‘clásicos’. De otra forma, se rechaza el individualismo abstracto del iusnaturalismo racionalista que construye los derechos sobre “el hombre entendido como sujeto aislado”²⁹² y se abren paso fundamentaciones que tienen en

²⁸⁹ El fenómeno acompaña históricamente a lo que, en el ámbito político, he denominado “crisis del Estado liberal de Derecho”.

²⁹⁰ Al respecto, THIEBAUT, C., *Los límites de la Comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

²⁹¹ Ver aquí PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 23-33. Este autor, critica la concepción liberal de los derechos precisamente por basarse en lo que Lukes –cuya crítica acoge– denomina individualismo abstracto; no obstante no se aleja de lo que hemos denominado concepción liberal de los derechos por cuanto sitúa en el núcleo de certeza de la expresión ‘derechos humanos’ su función de protección del individuo.

²⁹² LUCAS, J. de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, op. cit., pg. 42. Al desarrollar el concepto liberal de persona moral, subrayamos que se caracteriza, entre otras cosas, por hacer referencia a los individuos y a todos los individuos. Nos hemos ocupado de algunas de las precisiones que requiere la idea del individualismo, convienen ahora unas breves precisiones sobre un concepto que acompaña al individualismo, el universalismo. En su repercusión en cuanto a los derechos humanos, el universalismo supone que, puesto que todos los hombres son personas morales, también todos

cuenta la historia²⁹³ a través de la consideración de las necesidades a la hora de atribuir derechos al sujeto en orden a la salvaguardia de su dignidad²⁹⁴.

En este tipo de posiciones encuentra acomodo la fundamentación de los derechos sociales –y, de modo más general, del Estado social de Derecho-, y según los aspectos del individualismo a que las distintas teorías se adhieran, nos encontraremos con distintas implicaciones en cuanto a la relación entre las distintas generaciones de derechos. Así, unas primeras se mantendrán en el individualismo abstracto, mientras otras segundas incluyen la solidaridad como elemento a tener en cuenta a la hora de proponer un modelo de organización política adecuado a las exigencias de las sociedades contemporáneas, y, por último, las terceras critican el individualismo abstracto desde la idea de la igualdad sustancial. Se puede decir que si

los hombres son acreedores en igual medida de los “derechos” que facilitan en sociedad el tránsito de la libertad de elección a la libertad autonomía. De otra forma, los derechos son universales. Sin embargo, también es posible apreciar dos usos de universalismo conforme a los cuales se tratará de un hecho o de un valor. Al tiempo que se produce una reformulación del individualismo, tiene lugar también una crítica al universalismo como hecho; la universalidad del liberalismo es falaz, sólo puede conseguirse en el ámbito estatal y por exclusión de quienes ‘de hecho’ no son iguales. Sin embargo, sí puede mantenerse la universalidad con carácter normativo como rasgo del ‘individualismo ético’. En el punto de vista interno, la universalidad tiene que ver con la titularidad de los derechos, por lo que se deja para más adelante el desarrollo de esta idea.

²⁹³ Para una descripción de cómo tiene lugar esta crítica en nuestra cultura jurídica ver AÑON, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 270-273. La autora se refiere a la existencia de dos “grandes líneas” en lo que al fundamento de los derechos se refiere “Una primera que puede ser denominada abstracta y formalista cuyo proyecto se ha cifrado en mostrar que los derechos humanos son predicables de un sujeto moral, y cuya formulación exige hacer abstracción de todos los elementos contingentes así como de las coordenadas espacio-temporales. Una segunda línea argumentativa pretendería encontrar un nexo de unión entre principios y valores con las condiciones materiales de existencia tanto con respecto a los sujetos titulares como a los objetos cuya protección se pretende articular. Los derechos humanos y la fundamentación de estos derechos no puede comprenderse sin contextualizar los principios y exigencias básicos” (pg. 271). Representante de esta segunda línea sería, desde distintas perspectivas, PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., quien propugna un fundamento racional e histórico.

²⁹⁴ Ver AÑON, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., pp.261-322 que realiza un estudio de cómo las necesidades se tienen en cuenta desde los distintos modelos de fundamentación en PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., que las integra con los valores, FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, op. cit., LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, nº4, 1987, pp. 23-46, y RUIZ MIGUEL, A., “Los derechos humanos como derechos morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?”, *El fundamento de los derechos humanos*, op. cit., pp. 321-326 y “Los derechos humanos como derechos morales”, *Anuario de derechos humanos*, nº6, 1990, pp. 149-160 que lo incluyen en las teorías de los derechos morales -difiero de esta autora en cuanto la consideración de que nos encontramos ante teorías sobre el fundamento- o HIERRO, L., “¿Derechos humanos o necesidades humanas?”, *Sistema*, nº 46, 1982, pp.45-61, para quien las necesidades constituyen ‘razones’ para los derechos

los primeros autores se basan en la defensa de la libertad y los segundos reclaman la importancia de la solidaridad, estos planteamientos subrayan la dimensión igualitaria²⁹⁵ dentro del proyecto liberal.

Desde las primeras posiciones, que parten del individualismo abstracto, se argumenta a favor de una concepción liberal de la política. En el contexto de estas teorías, los derechos sociales supondrán instrumentos que permiten el efectivo disfrute de los 'liberales'. Éstos, a su vez, constituyen elementos de garantía frente a intromisiones en la esfera privada del poder público o de terceros. Por último, los derechos políticos se convierten en los instrumentos a través de los cuáles se canaliza la autonomía en el ámbito público. El sentido de la participación política consiste en defender el propio interés en el contexto de la adopción de decisiones que afectan al grupo.

Las teorías que introducen la solidaridad dan lugar a planteamientos republicanos. Desde ellas se rechaza el individualismo abstracto y los sujetos no aparecen como 'egoístas racionales', sino como capaces de adoptar una posición desde la que decidan teniendo en cuenta el interés común. A partir de estos planteamientos los derechos constituyen cauces para la inserción del individuo en el grupo como procedimiento imprescindible para la realización de la autonomía individual y, a partir de ahí, para el establecimiento de un poder legítimo. A su modo de ver, un problema fundamental de las teorías liberales –también de las que veremos a continuación– es, precisamente, que presentan un déficit de solidaridad que los autores que se adhieren

²⁹⁵ Afirma FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, op. cit., pg. 908, "podemos redefinir los derechos fundamentales, en contraposición a todas las demás situaciones jurídicas, como aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad. A diferencia de los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los derechos de crédito– los derechos fundamentales no son negociable y corresponden a «todos» y en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y /o como ciudadano. Es su igualdad y al mismo tiempo su nexo con el valor de la persona, lo que permite identificar a su conjunto con la esfera de la tolerancia y a sus violaciones con la esfera de lo intolerable. El área de la tolerancia, que históricamente hubo de afirmarse en relación con la libertad de religión y contra los fanatismos intolerantes y represivos de las ortodoxias religiosas, ha ido ampliándose progresivamente, con el multiplicarse de los derechos de libertad, a otras identidades y diferencias, hasta tener hoy como campo privilegiado el del disenso político y la tutela de las minorías étnicas frente a los sectarismos ideológicos y los siempre nuevos racismos. Y, sobre todo, con el desarrollo de los derechos sociales se ha extendido correlativamente el campo de lo intolerable. En todos los casos, entre igualdad jurídica y derechos fundamentales existe una relación biunívoca: no sólo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad".

a este modelo pretenden salvar a través de la Política y del Derecho.

En este sentido, resulta de interés, una vez más, reproducir la argumentación de Habermas, quien, en la línea descrita, reivindica la necesidad de hacer frente al vacío de solidaridad ²⁹⁶. Según este autor los derechos en los que se actualiza la ‘solidaridad’, es decir, que permiten la integración a través de la autonomía, son los derechos políticos. Los derechos liberales y los sociales pueden tener una lectura funcional y normativa que nada tenga que ver con la autonomía sino que les haga aparecer como elementos ‘paternalistas’, “los derechos de libertad y los derechos sociales pueden asimismo significar la cuasi-renuncia *privatista* a un papel de ciudadano, que se reduce entonces a relaciones de clientela con unas administraciones que otorgan sus prestaciones en términos paternalistas”²⁹⁷. Con la reivindicación de la solidaridad como “principio olítico” se intenta encontrar una ‘tercera vía’ entre el individualismo y el colectivismo incompatible con los derechos, que no deje de lado la idea de autonomía²⁹⁸.

²⁹⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, op. cit., pp. 95 y ss. Señala el autor, por otra parte, en cuanto a la relación entre los distintos tipos de derechos, y la situación en que el individuo queda situado en relación con el estado “esta idea liberal, que se justifica por evidentes experiencias históricas, no hace empero justicia a la conexión constitutiva de derecho y política. Confunde la soberanía popular con el monopolio de la violencia y yerra el sentido de por sí técnico, y en todo caso no represivo, que tiene el poder administrativo articulado en forma jurídica con tal que ese poder se ejerza en el marco de leyes democráticas; y yerra sobre todo el sentido constitutivo que tiene para toda comunidad política la autonomía ciudadana ejercida en términos intersubjetivos. A ambos aspectos sólo se les hace justicia mediante una reconstrucción en dos niveles, la cual parte de la asociación horizontal de ciudadanos que se reconocen mutuamente como provistos de unos mismos derechos y prosigue disciplinando en términos de Estado de derecho el poder estatal que hay que presuponer. Entonces se ve que los derechos liberales de defensa del individuo frente al aparato estatal monopolizador de la violencia no son en modo alguno originarios, sino que surgen de una transformación de las libertades subjetivas de acción mutuamente otorgadas”.

²⁹⁷ *Facticidad y Validez*, op. cit., pp. 143 y 144. Este es precisamente el argumento de crítica a las ‘teorías materiales del Estado social’, que critican el modelo liberal sin tener en cuenta que el problema fundamental es ese ‘déficit de solidaridad’.

²⁹⁸ Entre nuestros autores, encontramos un representante de estas posiciones en PECES-BARBA, G., “Humanitarismo y solidaridad como valores de una sociedad avanzada”, *Derecho y Derechos fundamentales*, op. cit., pp. 119-176. Ver también GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, *Sistema*, nº101, 1991, pp. 123-135, y VIDAL, E., “Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1993, pp. 89-110. Por su parte, CORTINA, A., “Más allá del colectivismo y del individualismo: autonomía y solidaridad”, *Sistema*, nº 96, 1990, pp. 3-17, también reclamaba la importancia de la solidaridad, aunque en este caso como un valor ‘social’, no político. Por lo tanto, deja a salvo –expresamente frente a Habermas– la distinción liberal que estos autores cuestionan entre autonomía pública y autonomía privada, pg. 14.

Las terceras posiciones argumentan frente al individualismo abstracto desde la necesidad de tener en cuenta las condiciones reales de existencia del ser humano titular de derechos para que éstos desarrollen todas sus virtualidades. El modelo arranca de planteamientos liberales, pero en él se asume la idea de los derechos sociales como una exigencia de los mismos valores de libertad e igualdad que inspiran aquella tradición.

La discusión adquiere todo su sentido cuando se la conecta con los distintos modelos teóricos que sobre los derechos aparecen en nuestra cultura jurídica. En el plano de la relación entre la función objetiva y la función subjetiva porque van desde la tensión que se observa en los modelos liberales a la compatibilidad que se predica desde los republicanos -o de la 'solidaridad'- y que realmente supone una pérdida de terreno de la "función subjetiva" en favor de la objetiva. Por su parte, el modelo que equiparábamos al 'paradigma' material del Estado social habermasiano, interpreta la función objetiva en términos que la hacen compatible con la tradicional función subjetiva de los derechos.

Por último, en el ámbito de la función subjetiva, porque la respuesta a los distintos problemas de articulación de los derechos en el Derecho positivo, viene dada por estas opciones previas a favor de una u otra teoría. En general, de ellas depende la resistencia de la posición iusfundamental frente a los límites.

**PRIMERA PARTE.
LA FUNCIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS. SU PAPEL COMO
CRITERIOS DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA**

CAPÍTULO II. EL ESTATUTO OBJETIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU CARÁCTER CONSTITUCIONAL.

1. Principios, reglas y valores como estructuras normativas de los derechos.

1.1. La distinción 'fuerte' entre principios y normas.

1.2. La distinción 'débil' entre principios y normas.

1.3. Los principios constitucionales y el iusnaturalismo no racionalista.

1.4. El problema de los valores y su relación con los principios y las reglas.

2. Instituciones y 'valores' como 'estrategias de interpretación' de los derechos fundamentales.

2.1. La idea de institución en la cultura jurídica española. Su relación con los derechos fundamentales.

2.2. La idea de valor en la cultura jurídica española. Su relación con los derechos fundamentales.

CAPÍTULO II. EL ESTATUTO OBJETIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU CARÁCTER CONSTITUCIONAL.

Desde el momento en que pasan a considerarse parte del Derecho positivo, los derechos fundamentales adquieren un doble carácter o una doble naturaleza. Por un lado -aunque en su momento realizaremos las oportunas matizaciones- aparecen en su vertiente clásica de garantía de posiciones subjetivas; por otro se convierten en normas.

En este lugar nos interesamos por los derechos como normas de un Ordenamiento. Veremos que los derechos como normas¹ no se diferencian de las restantes normas por su estructura. Antes bien, tal y como se conciben en la 'cultura jurídica española' será su función en el conjunto del Ordenamiento -que hemos denominado función objetiva- la que los individualiza. Y todo ello, a su vez, como reflejo de la función en el punto de vista externo.

En las primeras formulaciones históricas los derechos humanos únicamente desarrollan una función "subjetiva". Sin embargo, progresivamente se va conformando la creencia según la cual, junto a esta función que convierte a los derechos en el punto de vista interno en una técnica de garantía de posiciones subjetivas, se les atribuye el papel de constituir instrumentos de ordenación del sistema jurídico en su conjunto. Esta asunción por los derechos de una "función objetiva"² -que ni es comúnmente aceptada ni tampoco se entiende de modo

¹ Sobre la polémica acerca del concepto de norma, véase ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp.48-73. Para él el concepto de norma es primario "con respecto al concepto de enunciado normativo (enunciados que expresan normas), los criterios de identificación se encontrarían en normas y no en enunciados: normas de derecho fundamental son las contenidas en disposiciones de derecho fundamental. Alexy utiliza un concepto semántico que contrapone al concepto de la teoría de la validez; el problema de que trata Alexy es mucho más complejo puesto que polemiza con una 'teoría de la validez' que se presenta -frente al 'concepto semántico'- como superadora del positivismo; sin embargo, para nuestro objetivo basta con estipular que desde una teoría semántica los términos 'disposición', 'enunciado' y 'norma' se corresponderían con los más habituales entre nuestros autores de 'texto', 'norma' y 'programa normativo'. En la teoría española de los derechos fundamentales no siempre es claro si los autores se refieren a normas o a enunciados; algunos no tienen en cuenta esta distinción.

² Conviene señalar que este doble aspecto lo hace extensible FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, a la totalidad de las normas constitucionales en el 'constitucionalismo moderno'. En opinión de este autor, el origen de esta doble concepción se encuentra en la revolución americana y en la francesa

homogéneo- repercute en la forma de entender la función subjetiva tradicional así como en el alcance que ésta desempeñará en el concepto de derechos.

En esta línea común al constitucionalismo contemporáneo nuestro Tribunal Constitucional³, y con él un amplio sector doctrinal⁴, considera que en el sistema diseñado por nuestra Constitución los derechos desempeñan, además, una función objetiva. En este sentido, y precisamente porque intenta constituir una descripción de la cultura jurídica española, resulta interesante la opinión de F. Fernández Segado⁵.

respectivamente. De este modo, en la versión francesa la Constitución aparece “*Como norma directiva fundamental*, que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de una empresa colectiva, en teoría para la realización de una sociedad más justa” en tanto que la americana supone que la constitución es “norma fundamental de garantía, que deja a todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir sus fines libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea del gobierno limitado”. Con ello, “se estará más cerca del primer tipo de constitución cuando se tienda a privilegiar la necesidad de sentirse parte de una comunidad en marcha que actúa para conseguir ciertos fines, que se identifica en el reconocimiento colectivo de ciertos valores generalmente compartidos, del segundo tipo, cuando se tiende a privilegiar la necesidad de limitar lo más imposible la intervención de los poderes públicos sobre la sociedad”, pg. 97. Nótese, que el primer modelo de Constitución se corresponde con la versión republicana mientras el segundo se aproxima a la versión liberal. De nuevo se trae a colación aquí la distinción de TOURAINE, A., *Qu’est-ce que la démocratie?*, Fayard, Paris, 1994, que manejé en el capítulo primero. Pues bien, a la altura de nuestro tiempo, señala Fioravanti desde un estudio de las constituciones contemporáneas, que “parece necesario concebir la constitución misma, y al mismo tiempo, no sólo como norma fundamental de garantía, sino también como *norma directiva fundamental* a la que deben conformarse en sus acciones, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados”, pg. 128.

³ Por ejemplo en la sentencia 25/81 de 14 de julio... puede leerse “... Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho, y más tarde, en el Estado social de derecho o el estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).”

⁴ GALLEGO ANABITARTE, A., *Los derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local, opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, considera “un fenómeno admitido ya por todo el mundo” el del “aspecto objetivo, de ser principios jurídicos de orden que tienen los derechos fundamentales, por encima de su carácter jurídico subjetivo” (pg. 59). Ver también MARTIN-RETORTILLO, L., “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, *Derechos fundamentales y Constitución*, en col. con I. de Otto, Civitas, Madrid, pp. 19-91, quien utiliza la referencia a este ‘doble carácter’ de los derechos para ordenar el análisis de la categoría, de este modo, y esta sería ya una afirmación a propósito de cómo incide en la ‘tradicional’ función subjetiva la atribución a los derechos fundamentales de una función objetiva, considera el autor que “...a propósito de cada uno de los derechos fundamentales como instituto jurídico...se ofrece como apasionante la tarea de estudiar cuáles son sus reflejos, sus influencias, sus luces y sus sombras, en la esfera de lo subjetivo. Cuál es, por tanto, el alcance de todas las titularidades. De modo que sólo contando inexcusablemente con esta faceta, a través del reflejo que ofrece en lo subjetivo, se puede calibrar en sus debidos términos cuál es la realidad de cada derecho fundamental-institución” (pg. 63)

⁵ “La dogmática de los derechos humanos...”, op. cit., pg. 61,

Su definición puede servirnos como punto de partida o ‘concepto previo’, aunque no consigue mantenerse neutral en cuanto a los dos aspectos que, como veremos, condicionan el alcance que cada autor atribuye a la ‘función objetiva’. De este modo, el autor habla de función objetiva, en general, para referirse a la idea presente en la dogmática de los derechos humanos que se desarrolla en España a partir de la Constitución de que la “peculiar significación y finalidades dentro del orden constitucional” de los derechos fundamentales supone que “la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos”, sino que debe hacerse efectivo el orden de valores que subyace a los derechos aun cuando no exista esa pretensión subjetiva.

Es importante subrayar que atribuir a los derechos fundamentales una función objetiva no supone prejuzgar su carácter de “*finés en sí mismos* y expresión de la dignidad humana”, se trata de asignarles “además de su peso específico jurídico-individual una significación que difícilmente puede sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política”⁶. Esta nueva forma de entender los derechos fundamentales supone una evolución con respecto a la tradición liberal en la que surgen a la que no es ajena la reformulación del “individualismo” que intentamos reflejar en el epígrafe anterior.

Sin embargo, la idea de que los derechos desempeñan una función objetiva puede quedarse en afirmar que los derechos como normas constitucionales funcionan como criterios de validez de las normas jerárquicamente inferiores -o ‘directivas’ a los poderes constituidos- o puede implicar también que se niegue -como hacen en Alemania Häberle y Habermas- la existencia de una auténtica contraposición entre los intereses, bienes, necesidades... individuales -cuya garantía constituye la función subjetiva- y los intereses generales que se atribuyen al Estado. El primer supuesto no tiene por qué suponer una alteración de la concepción ‘liberal’ de los derechos; en el segundo el modelo de relación individuo-Estado deja de ser ‘liberal’⁷.

⁶ SCHNEIDER, H-P., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, trad. J. Abellán, *Revista de Estudios Políticos*, nº7, 1979, pp. 7-35.

⁷ Me remito a la ya citada comparación entre los dos modelos de libertad en SKINNER, Q., “Les idéaux républicains de liberté et citoyenneté”, *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique*, nº21, 1992, pp. 37-59, y a las reflexiones que aparecen en el capítulo primero de este trabajo.

En este segundo sentido, Habermas explica desde una perspectiva general el fenómeno⁸ como coherente con la nueva forma de entender las relaciones entre sociedad y Estado; en la “fase liberal”, la separación de la sociedad y el Estado se sustenta en los derechos de modo que la primera es la esfera de la “autonomía privada” a la que se enfrenta el poder público “limitado a pocas tareas centrales” y, “por así decirlo, entre ambos, el ámbito de los hombres privados reunidos como público que, en tanto que ciudadanos de Estado concilian a este último con las necesidades de la sociedad burguesa”⁹; desde una lectura “liberal” los derechos del hombre aparecen como instrumentos que garantizan un ámbito de no injerencia frente al poder, pero desde el momento en que con el Estado social queda superada esta concepción, se difumina esa separación entre sociedad y Estado y se entiende que la constitución organiza a ambos simultáneamente, los derechos se convierten en fundamento de la estabilidad del orden y para su comprensión jurídica no basta entenderlos como garantía de posiciones subjetivas.

Desde otra perspectiva, la idea de que la teoría de los derechos se caracteriza por su “doble cualificación” conforme a la cual “los derechos fundamentales se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, del titular individual de derechos fundamentales, y, por otro -y al mismo tiempo -como normas objetivas de principio...y decisiones axiológicas...que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho”, está presente también en E.W Böckenförde referida al contexto alemán¹⁰. Este autor considera que sólo desde el entendimiento de que derechos fundamentales adquieren un “carácter objetivo de valor”¹¹ se puede

⁸ Que en su opinión es general a las “sociedades de masas socio-estatales de una sociedad burguesa industrializada y altamente organizada burocráticamente” y al que se refiere como “posición particularmente ambivalente de los derechos fundamentales”, “Los derechos fundamentales como principios de un orden jurídico general socio-estatal”, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, 2ª ed., trad. de S. Más y C. Moya y rev. de J. Muñoz, Tecnos, Madrid, 1990., pp. 116-122, pg. 116.

⁹ “Los derechos fundamentales como principios de un orden jurídico general socio-estatal”, *Teoría y praxis*, op. cit., pg. 118

¹⁰ “Sobre la situación de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. Requejo e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 95-138.

¹¹ “El descubrimiento del carácter objetivo de valor de los derechos fundamentales adquiere significado general mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En ella se lleva a cabo en dos fases: por un lado, la parte de los derechos fundamentales en su conjunto aparece como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los ámbitos del

comprender el ‘efecto irradiación’, la ‘eficacia frente a terceros’ y ‘los derechos fundamentales como mandatos de acción y deberes de protección’¹²; y esta forma de concebir los derechos que caracteriza la dogmática alemana –como, en mi opinión, la teoría española-, no es compatible con la concepción liberal en la que los derechos fundamentales aparecen como ‘derechos de libertad’. Como R. Alexy, E. W. Böckenförde se mantiene en los presupuestos de una concepción liberal de los derechos; pero, a diferencia de él, critica la función objetiva porque a su modo de ver, la construcción que la explica parte, en el punto de vista externo, de una concepción ‘no liberal’ de los derechos y se traduce, en el punto de vista interno, en una excesiva judicialización del Ordenamiento en detrimento del Parlamentarismo¹³.

No obstante, tanto en el ámbito al que se refiere E.W. Böckenförde (he señalado el ejemplo de R. Alexy), cuanto en nuestra cultura jurídica (valga como modelo la teoría de L. Prieto), existen autores cuya concepción ‘liberal’ –en este sentido al que nos venimos refiriendo- resulta compatible con el ‘efecto irradiación’, la ‘eficiencia frente a terceros’ y ‘los derechos fundamentales como mandatos de acción y deberes de protección’; y, por tanto, con atribución de una función objetiva a esta categoría.

En opinión de Böckenförde, la atribución de un alcance objetivo a los derechos fundamentales tiene una serie de repercusiones que quedan englobadas en la función

Derecho, de otro –simultánea y subsiguientemente- los derechos fundamentales en particular se interpretan como normas de principio jurídico-objetivas y que deciden axiológicamente”, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, op. cit., pg. 106.

¹² “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, op. cit., pg. 110, “si se parte de esta concepción de los derechos fundamentales, se encaran y resuelven todos los demás problemas que han ocupado y ocupan a la dogmática de los derechos fundamentales. Son sólo –comenzando por el efecto de irradiación, pasando por la eficacia frente a terceros hasta llegar a los derechos fundamentales como mandatos de actuación y deberes de protección- problemas derivados y, concretamente, problemas derivados de esta maniobra inicial y básica”.

¹³ BÖCKENFÖRDE, E.W., “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, op. cit., plantea en términos de disyuntiva la necesidad de optar por mantener la ‘función objetiva’ y legitimar la judicialización referida, o volver a situar los derechos fundamentales en las ‘relaciones ciudadano-Estado’ –es decir, tener únicamente en cuenta su carácter de derechos subjetivos y no su condición de normas objetivas-, pg. 138. Algunos de los argumentos de ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., tendremos ocasión de analizarlos a lo largo de la exposición; fundamentalmente nos encontraremos con ello en la defensa de una ‘teoría del orden de valores’ como teoría de la ponderación, pp. 138-147 y en su concepción del ‘efecto irradiación’, pp. 507-510 Y, como argumento decisivo que nos permite afirmar la compatibilidad de una función objetiva y una concepción ‘liberal’ en R. Alexy, su defensa del ‘derecho general de libertad’, pp. 331-380.

dogmático-jurídica –el derecho no puede ser descrito como un modelo puro de reglas-, de la teórico-estatal –los derechos fundamentales adquieren como correlativos ‘deberes’ del Poder Político- y de la teórico-constitucional”¹⁴ –se produce una ‘judicialización’ del Ordenamiento-. La primera de ellas es consecuencia de que para desplegar su “eficacia objetiva de principio”, los derechos aparecen estructuralmente configurados con “lo que Alexy caracteriza y ha conceptualizado como normas-principios” y “en la medida en que los derechos fundamentales adquieren el carácter de tales normas-principios, se cambia su utilización de la interpretación a la concretización”, con esta distinción entre interpretación y concretización, el autor alude a la idea de que la interpretación de los derechos fundamentales no puede adaptarse a los moldes de la interpretación tradicional construida en su mayor parte en el ámbito jurídico-privado. La función teórico-estatal, se produce desde el momento en que los derechos fundamentales “devienen normas de cometidos del poder; los fines y los cometidos del Estado recogidos de esta forma en la Constitución devienen jurídico-subjetivamente exigibles”, y no “únicamente exigibles con respecto al proceso de la construcción de la voluntad política”. La última de las funciones enunciadas “consiste en la transformación de la relación entre legislación y jurisdicción constitucional”.

En esta tendencia de atribuir a los derechos una doble función, común al constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, se sitúan -como apuntan nuestros autores. Sobre la contextualización de esta idea, es interesante la síntesis que encontramos en T. Freixes. La autora contrapone la ‘Dogmática jurídica del Estado de Derecho’ a la ‘Dogmática contemporánea’ evidenciando que la atribución a los derechos fundamentales de una doble función –aspecto, carácter, naturaleza...- forma parte de toda una nueva forma de concebirlos. Según esta autora, hasta el período weimariano, los derechos aparecen como una esfera de autonomía individual frente a intromisiones estatales; ya en entreguerras, no obstante, la acción intervencionista del estado deja de interpretarse “como una violación de la esfera de autonomía individual; incluso en determinados supuestos puede constituir precisamente la garantía de esa

¹⁴ BOCKENFORDE, E.W., “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, op. cit., pp. 126-131.

esfera”¹⁵, con lo que comienzan a perfilarse los rasgos que definen la dogmática contemporánea, coherente con el también nuevo constitucionalismo. Los derechos además de evitar maleficios se convierten en cauces para beneficios y cauces de participación; aparecen con un doble carácter objetivo y subjetivo –esto es, como orden de valores y/o derechos subjetivos, al decir de la autora-, las garantías serán de tipo subjetivo ya presentes en la dogmática clásica –derechos subjetivos y garantías jurisdiccionales- y objetivo –garantías institucionales (en la interpretación de esta autora de la controvertida noción a la que con posterioridad nos referiremos)-; por último, la interpretación también adquiere una nueva apariencia que en lo básico viene dada por la necesidad de “interpretar los derechos conforme al orden de valores y las estructuras jurídico-políticas constitucionalizadas” y de tener en cuenta que los derechos conforman un sistema¹⁶. Con todo ello, la forma de abordar el alcance de la función objetiva, dependerá en gran medida del significado que cada autor otorga a la idea de que los derechos fundamentales son normas constitucionales que constituyen un ‘conjunto objetivo de valor’.

De este modo, para tener una idea de la forma en que se concibe la función objetiva, será necesario prestar atención al significado de los derechos fundamentales como sistema axiológico que nos remitirá a la Teoría del Derecho de los distintos autores. Y, una idea que la profesora Freixes no tiene en cuenta, pero cuyo interés se desprende de los argumentos desarrolladas en el capítulo anterior es que en los efectos que se atribuyan a este carácter objetivo de los derechos influirá también si los autores optan por una concepción ‘liberal’ o ‘republicana’¹⁷.

En definitiva, en el punto de vista interno, la cultura jurídica española atribuye a los derechos fundamentales –junto a la ‘tradicional’ función subjetiva de garantía de

¹⁵ *Constitución y derechos fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución Española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992, pg. 48. De que esa consideración de la intervención del Estado no es tan pacífica como la autora parece mostrar son ejemplo, por hacer referencia a aspectos ya tratados, opiniones vertidas por Forsthoff a propósito del desarrollo de la Ley Fundamental de Bonn en los años 50 y, por Eusebio Fernández entre los autores que conforman nuestra cultura jurídica.

¹⁶ FREIXES, T., *Constitución y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 85-87.

¹⁷ Es preciso ser conscientes de que ambas cuestiones aparecen con frecuencia tratadas de forma indistinta; así ocurre, por ejemplo, cuando se trata de criticar el positivismo jurídico a partir de la superación del Estado liberal de Derecho.

posiciones jurídicas individuales- una función objetiva relevante para el conjunto del ordenamiento. En general, podemos decir que supone la necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales aun cuando no exista un interés legítimo o un derecho subjetivo en juego. Por esta razón, los derechos se convierten en criterios de ordenación del sistema. Pues bien, esta idea tiene distintas concreciones que pueden resumirse en las funciones dogmático jurídica, teórico-estatal y teórico-constitucional a que se refiere E.W. Böckenförde de las que intentaré dar cuenta. El contenido del que se dote a cada una de estas funciones depende, en primer lugar, de cómo se conciben las relaciones entre el individuo y el Estado y, a continuación, de la Teoría del Derecho de la que se parte.

De las distintas formas de entender las relaciones individuo-Estado, hay que descartar tanto aquellos modelos que consideran el Estado un obstáculo para el desarrollo de la dignidad humana (serían los planteamientos anarquistas) cuanto aquellos otros que subordinan el interés individual al interés colectivo (o planteamientos totalitarios); ambos se alejarían, en el punto de vista externo, del contexto en que se puede hablar de derechos fundamentales. Y ello porque tanto uno como otro carecen de sendos elementos de los que hemos considerado conforman el núcleo de certeza de la expresión 'derechos humanos'. El primero, prescinde del Estado y del Derecho frente a la 'vocación de juridicidad' de los derechos; el segundo, se aleja del 'individualismo' que constituye el punto de partida de la 'filosofía de los derechos'. De este modo las posibilidades se reducen a dos: quienes consideran que existe una primacía de los intereses individuales por encima del interés general -que antes denominé 'liberales'-, y quienes niegan que exista una auténtica contraposición entre ambos grupos de intereses -que antes denominé 'republicanos'-; de la opción por una u otra depende la definición de la función objetiva y a partir de ahí, el alcance que se atribuya a los derechos como garantía de posiciones jurídicas subjetivas.

Pero como he señalado, el desarrollo de la función objetiva de los derechos está condicionado también por la Teoría del Derecho desde la que los distintos autores se aproximan a su estudio; puesto que la perspectiva del trabajo es de 'teoría jurídica' el interés por este aspecto determinará el orden de la exposición, sin perjuicio de que

realicemos las oportunas matizaciones cuando analicemos las teorías concretas. Así la respuesta será distinta desde el iusnaturalismo o desde el positivismo y también dentro de las distintas variantes de estas teorías. Pero, además, los derechos fundamentales son ‘normas constitucionales’ por lo que su concepción en el Derecho expresa también una concepción acerca de la especificidad de la Constitución y, en definitiva del ‘Estado Constitucional’.

Antes de presentar los distintos modelos teóricos de los derechos que, en mi opinión, están presentes en nuestra cultura jurídica, conviene prestar atención a estas cuestiones en las que se pone en juego la opción por una u otra teoría del Derecho. Me refiero a la vinculación de los derechos con la idea de Constitución y a su especificidad en cuanto normas constitucionales.

Básicamente los problemas de la función objetiva de los derechos fundamentales surgen cuando éstos, que desde el origen se consideran ‘superiores’ y ‘previos’ a las normas constitucionales, además aparecen dotados de ‘eficacia jurídica’ independiente de su carácter de ‘derechos subjetivos’ garantizados por la Ley. La construcción de una función objetiva presupone, en definitiva, que los derechos fundamentales se consideran ‘normas constitucionales’ y que la Constitución, a su vez, se entiende como norma distinta de la Ley. El fenómeno se inscribe en un proceso al que antes nos referíamos como común al constitucionalismo contemporáneo en el que “la cultura de los derechos y libertades...se forma en contraposición con el estatalismo liberal del siglo pasado; y en particular aparece reforzada por una intención original de combinar las dos tradiciones revolucionarias distintas; la constitución como norma fundamental de garantía y la constitución como norma directiva fundamental”.¹⁸

En esta cuestión están implicados, al menos, la ubicación de la Constitución en el sistema de fuentes, la polémica acerca de la especificidad de las normas constitucionales a la que se vincula el problema de la interpretación constitucional, la posibilidad de hablar de un Estado Constitucional distinto del Estado de Derecho y la discusión sobre cómo afecta a la distribución de poderes la existencia de un órgano encargado de controlar la sumisión de los poderes constituidos a la Constitución.

¹⁸ FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, op. cit., pg. 130.

Todos estos aspectos tienen su correlativo en lo que Böckenförde señalaba como repercusiones para la estructura de la Constitución de la función objetiva de los derechos; así, los dos primeros problemas afectan a la función dogmático-jurídica, el tercero a la función teórico-estatal y la cuarta a la función teórico-constitucional. En este apartado sólo prestaremos atención a aquellos aspectos que se refieren a la función dogmático-jurídica porque son los específicos de Teoría del Derecho, aunque cuando analicemos modelos concretos de función objetiva que se proponen en nuestra cultura jurídica también nos detendremos en los restantes.

Precisamente cuando la Constitución se considera norma jurídica con eficacia plena, se inicia la disputa a propósito de su lugar en el sistema de fuentes, que tiene que ver con el problema de la naturaleza de las normas constitucionales y de su interpretación. Sólo si los derechos fundamentales se asocian a la idea de Constitución, sólo si la Constitución -y con ella los derechos- es norma superior a la Ley, tiene sentido hablar de los derechos en el punto de vista interno -esto es, de que los derechos puedan suponer elementos de garantía de posiciones subjetivas a través de las cuales se pretende canalizar el desarrollo de la dignidad en primer lugar en relación con el poder (veremos que según las distintas teorías será a través de él o a su pesar) y constituyan un elemento de organización del sistema-.

Efectivamente, en los últimos años viene señalándose por diversos sectores de la cultura jurídica que con el “constitucionalismo” de Postguerra se está produciendo la aparición de un nuevo tipo de Estado, el Estado constitucional diferente del Estado de Derecho, que se caracteriza por el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y por la existencia de un órgano que controla este sometimiento.

Esta idea supone considerar el principio de constitucionalidad como distinto del principio de legalidad y diferenciar la Constitución y la Ley. Con ello, se reclama una distinta Teoría del Derecho desde la que se construya -lo veremos- una también distinta teoría de la interpretación¹⁹. A partir de ellas se pretende explicar el “constitucionalismo”.

¹⁹ TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'état*, Leviathan, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, pg. 196, “...la totalidad de la doctrina razona sobre la base del postulado de la supremacía de la constitución escrita y en general de la gradación de las normas e investiga las consecuencias que puede tener para el fenómeno de la interpretación la existencia de esta jerarquía”.

El proceso a través del cual el Derecho constitucional adquiere primacía sobre el Derecho privado tal y como tiene lugar en Alemania es interpretado por K.Hesse²⁰; este proceso es relevante para la comprensión de nuestra cultura jurídica, porque la jurisprudencia y la teoría española introducen construcciones del Derecho Constitucional Alemán y a partir de estas premisas se construyen, a mi modo de ver, las distintas teorías.

En Alemania el problema arranca de la constitución de Weimar²¹. Hasta ese momento el Derecho Privado llegó “a ser el Derecho constitutivo de la sociedad burguesa, junto al cual el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria”, a él “correspondía incluso una primacía material frente al Derecho Constitucional” de modo que “como sistema de esferas y de los límites de la libertad asumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales, que ellos mismos, como se ha

²⁰ *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad. e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995. A esta polémica se refiere GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional”, *La Constitución española de 1978. Estudio Sistemático*, dir. A. Pedrieri y E. García de Enterría, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1981, pp. 95-158, como precedente de la defensa que este autor realiza en la obra citada del carácter vinculante de ambas partes de la Constitución y que además supone un muestrario de las distintas propuestas para la interpretación de los principios constitucionales, considero conveniente reproducir el párrafo en el que afirma que “está aún presente en Alemania una polémica importante sobre los criterios y métodos interpretativos de esa parte material de la Constitución. Esta polémica, muy convencionalmente esquematizada, ha contrapuesto los nombres de FORSTHOFF y de SMEND, por una parte; por otra, ha contrastado una interpretación iusnaturalista de los valores de la Constitución con otra olme Naturrecht, sin Derecho Natural, según el título de un agudo trabajo de Häberle” (pg. 146). De entre los autores que constituirán el objeto principal de nuestro estudio veremos que claramente P. Lucas Verdú se sitúa en la primera de las dos últimas líneas –crítica expresamente el trabajo de Häberle al que se refiere el profesor García de Enterría- y L. Prieto en la segunda. Con ciertas ambigüedades me inclino, no obstante, a situar al profesor A. E. Pérez Luño entre los iusnaturalistas, en tanto el profesor Peces-Barba sería positivista en una línea cercana a la de Häberle.

²¹ En el mismo sentido, HABERMAS, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pg. 478, explica así el proceso, “bajo la premisa de la separación entre el Estado y la sociedad la elaboración dogmática del derecho privado partía de que éste, a través de la organización de una sociedad despolitizada, centrada en la economía, sustraída a las intervenciones estatales, garantizaba el *status* de libertad *negativa* de los sujetos jurídicos y, por tanto, el principio de libertad jurídica, mientras que, en términos de división del trabajo, el derecho público quedaba asignado a la esfera del Estado autocrático, esfera en la que su función consistía en refrenar a una Administración que opera bajo reserva de intervención y a la vez, con la protección de los derechos individuales, en garantizar el *status* jurídico *positivo* de los ciudadanos. Ciertamente, se puso ya en marcha una materialización del derecho privado en el sentido de un cumplimiento más bien autoritario de deberes de protección social; pero sólo con el establecimiento de la República de Weimar cayeron las bases que esa supuesta autarquía el derecho privado tenía en el derecho constitucional...La primacía de la Constitución democrática sobre el derecho privado significaba que de aquí en adelante el contenido normativo de los derechos fundamentales habría de desarrollarse a través de un legislador activo dentro del propio derecho privado”.

expuesto, sólo con reservas podían desempeñar.”²² En coherencia, el aparato conceptual y metodológico del Derecho privado influye, en esta etapa, en el Derecho Político y en el pensamiento de los juristas, y los derechos fundamentales son eficaces sólo cuando, además, son garantizados en el Derecho privado²³.

En los años veinte, se refiere Hesse a las modificaciones que se introducen en la Constitución en cuanto al alcance y eficacia jurídica de institutos jurídico-privados. El Derecho Constitucional invade un terreno hasta entonces reservado al Derecho Privado, “frente a lo que ocurría en épocas precedentes, corresponde ahora a dichas garantías (de institutos jurídico-privados) una función de guía, de directrices”. Todavía la Constitución no construye sobre ellos derechos subjetivos, pero se produce una discusión en la jurisprudencia y en la doctrina que en el segundo ámbito enfrenta a “la concepción dominante del positivismo en el Derecho Político y a los representantes de la nueva teoría material del Estado y de la Constitución”.

Por lo que hace a la época que se inicia a partir de la Ley Fundamental de Bonn y en lo que a mí me interesa, afirma Hesse que del mismo texto constitucional “resultan innovaciones considerables que determinan la actual situación del problema de manera decisiva. Afectan a la garantía y a la imposición de la primacía de la Constitución y al modo de vigencia de los derechos fundamentales, así como al elenco de los derechos fundamentales relevantes para el Derecho Privado”²⁴. La Constitución se convierte en norma suprema, supremacía que es garantizada por una “jurisdicción constitucional”²⁵. Por lo que a los derechos fundamentales respecta, se convierten en principios objetivos del ordenamiento constitucional, pero por la nueva situación de éste, también lo serán del ordenamiento jurídico en su conjunto, “la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden valorativamente neutral, ha erigido en la

²² HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, op. cit., pg. 39.

²³ Una cuestión, que Hesse no menciona pero que conviene tener en cuenta, es la importancia de las garantías de Derecho Penal y Procesal. Sin embargo, FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y Rocío Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, que representa un modelo de derechos diferente del de K. Hesse, subraya la continuidad de los derechos con la articulación de un sistema penal garantista y no con los derechos privados.

²⁴ HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, op. cit., pg. 54

²⁵ Ver CRUZ VILLALON, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

sección relativa a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores, y ello expresa un reforzamiento de principio de la fuerza vinculante de los derechos fundamenales. Este sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del Derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos. Así influye también sobre el Derecho Civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas han de ser interpretadas en su espíritu. Por tanto, también en este ámbito los derechos fundamentales son decisivos tanto para la actividad del legislador como para la de las instancias aplicadoras del Derecho. Todos ellos deben tener en cuenta tal influencia de los derechos fundamentales en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Si no cumplen con esta tarea, su decisión infringe los derechos fundamentales y puede ser anulada por el Tribunal Constitucional”²⁶. Los derechos fundamentales son expresión de un orden de valores que irradia sobre todo el Ordenamiento y el Tribunal Constitucional se convierte en el garante máximo de la realización de los derechos por el poder constituyente. En opinión de E. W. Böckenförde es precisamente la peculiaridad de los derechos fundamentales en la concepción que se desarrolla a partir de la Ley Fundamental, la que provoca una nueva estructura constitucional ‘que afecta sobre todo a la posición y a la función del Tribunal Constitucional Federal’²⁷.

La especificidad de la Constitución le viene dada de la ‘naturaleza especial’ de sus normas frente a las restantes normas jurídicas. La idea que se intenta mantener en este trabajo es que esa naturaleza especial tiene que ver con la función que se atribuye a las normas constitucionales –especialmente las que contienen derechos fundamentales-, aunque por fuerza la función debe encontrar su reflejo en una estructura adecuada.

De cualquier modo, la peculiaridad de la Constitución se interpreta de diversas formas y en función del sentido que se dé a esta interpretación, se construye una teoría del Derecho de uno u otro tipo. Así, para algunos la Constitución es distinta de la Ley porque su aplicación no es un problema jurídico sino político, para otros la

²⁶ HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, op. cit., pg. 58.

²⁷ “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, op. cit., pg. 95.

Constitución es distinta de la ley y superior porque es superior su jerarquía en el sistema de fuentes, por último, un grupo cada vez más numeroso de autores consideran que la Constitución es distinta de la ley y superior a ésta en un sentido distinto del jurídico.

Esta última idea se defiende sobre todo en relación con los derechos fundamentales y tiene consecuencias para la concepción de sus funciones en el punto de vista interno. Los derechos desempeñan una función objetiva en la que se pone de manifiesto este carácter de Derecho constitucional como Derecho que no se identifica por su origen sino por su contenido y que precisamente, en virtud de este contenido es un Derecho superior.

En todo caso, si la Constitución es superior a la Ley pero no tiene una 'distinta naturaleza', el positivismo, que aparecía como la teoría predominante hasta este momento, sigue siendo adecuado. Por el contrario, si la Constitución es superior a la ley en otro sentido distinto del jerárquico, es preciso introducir una nueva teoría del Derecho que tenga en cuenta la idea de una 'constitución material' -expresión que utilizo en un sentido muy amplio-.

Con ello nos introducimos en el segundo de los problemas planteados, las normas constitucionales -de modo especial las que contienen derechos fundamentales- presentan una apariencia peculiar. Las categorías del 'método dogmático' que se habían formado en Derecho común -privado- y que se incorporan al Derecho público²⁸ devienen obsoletas en este contexto y es preciso encontrar nuevas herramientas conceptuales desde las que dar cuenta de los cambios producidos. Incluso deja de ser pertinente hablar de un método específico de Derecho privado o de

²⁸ Ver PÉREZ ROYO, J., "El proyecto de Constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX", *Revista de Estudios Políticos*, nº1, 1978, pp. 67-98. En Alemania, la ausencia de una codificación, supuso que 'el Derecho científico constituyó la alternativa al Derecho codificado', BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pg.134. Cuando el Derecho había sido codificado, el Código constituye el lugar en que encontrar la respuesta jurídica a cualquier problema. La crítica a este método dogmático se inicia, también, por su parte, en el Derecho privado -GÈNY, F.M., *Método de interpretación y fuentes en el Derecho Privado Positivo*, 2ª edición, Reus, Madrid, 1925-. El problema es, en mi opinión, que se busca la solución 'correcta' y esta no se encuentra aplicando los métodos que tienen origen en el positivismo. Es preciso un nuevo método jurídico que parte de una nueva concepción del Derecho. La respuesta en la Teoría del Derecho que no abandona el positivismo es que no siempre hay única respuesta jurídica correcta y se abre un ámbito de discrecionalidad del órgano que aplica -Hart o Kelsen-. Ver asimismo PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

Derecho público, puesto que todo supuesto de aplicación-interpretación del Derecho queda contagiado de estas transformaciones desde el momento en que los derechos fundamentales “irradian” sobre todo el Ordenamiento²⁹.

Como decía, el concepto de Derecho elaborado por las teorías positivistas aparece cuestionado desde que se constata que las normas constitucionales poseen una ‘especial naturaleza’; el ejemplo que suele aducirse es precisamente el de los derechos fundamentales. La teoría alternativa al positivismo desde la que se aborde el estudio de los derechos condiciona su interpretación³⁰ y, por tanto, su alcance; aun cuando es un rasgo definitorio de nuestra cultura jurídica concebir el sistema de los derechos fundamentales como un ‘orden de valores’. Por ello cabe afirmar que el problema de la ‘naturaleza’ de aquéllos forma parte del problema de la interpretación que, a su vez, se sitúa en el problema más amplio de la interpretación de la ‘parte material’ de la Constitución que se produce cuando ésta empieza a considerarse jurídicamente vinculante³¹ y que se agudiza cuando en ella se contienen términos como “libertad”, “igualdad” y “justicia”³².

²⁹ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, “tanto las tendencias hermenéuticas en el campo del derecho público cuanto las que se manifiestan en el ámbito del derecho privado, caminan en la misma dirección en los últimos tiempos: hacia la revalorización de la función del intérprete, la incorporación de elementos y de métodos de interpretación más amplios, y la consideración unitaria del ordenamiento jurídico, entre otros. Especialmente, es de destacar una convergencia sustancial superadora de la división estricta en que el Estado liberal había situado al Derecho público y al Derecho privado. Esta convergencia viene exigida por las características propias del Estado constitucional de Derecho y por la función que desarrolla la Constitución dentro del ordenamiento jurídico y de la que ya hemos dado cuenta. La cuestión que cabe plantearse ahora es si esa convergencia no es sólo material sino que se extiende también o debiera extenderse, a los planteamientos metodológicos que inspiran la hermenéutica jurídica en uno y otro ámbito”, pg. 38. Se dice que el rasgo característico de esta ideología de la interpretación se encuentra en que ésta se concibe como una operación de subsunción lógica, ver PRIETO, L., *Ideología e Interpretación jurídica*, op. cit., pp. 41 y 42.

³⁰ PECES-BARBA, G., “La interpretación de los derechos”, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, B.O.E.- Universidad Carlos III, Madrid, 1995, op. cit., pp. 569-586, pg. 573, “la posición que el intérprete posee sobre el Derecho condiciona todo el proceso de asignar significado a un enunciado. El proceso interpretativo es claramente valorativo y en él hay presencia de opciones ideológicas, muchas de las cuales parten de la forma en la que se concibe lo jurídico”.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional”, *La Constitución Española de 1978*, op. cit.

³² KELSEN, H., A., “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (La justicia constitucional), trad. de J. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-156, pg. 143. GASCÓN ABELLAN, M., “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº41, 1994, pp. 63-87, realiza una comparación entre el modelo de justicia constitucional diseñado por Kelsen y el español en la que utiliza la cita a Kelsen para confirmar que las diferencias se deben en buena medida a la transformación de la idea de Constitución,

En parte como consecuencia de lo anterior, en la Teoría del Derecho se produce la contraposición entre 'constitucionalismo' y 'positivismo'³³. Se habla de Estado Constitucional como modelo superador del Estado de Derecho³⁴ en el que el principio de legalidad es sustituido por el 'principio de constitucionalidad'. Dado que se atribuye a las normas constitucionales un carácter 'diferente' al de las normas legales, "si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios...distinguir los principios y las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir

"si el autor austríaco considera peligrosas las vagas referencias a la libertad, la igualdad y, muy especialmente, la justicia, resulta que en el frontispicio mismo del texto de 1978 figura la siguiente declaración: "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"(art. 1.1.º) , y a partir de este inicial precepto la invocación de valores, principios o directrices más o menos vagos y ambiguos se repite sin cesar hasta el último artículo de la Constitución. Bien es verdad que éste es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, pues, desde que se acepta la plena fuerza normativa de todos los enunciados constitucionales, incluyendo las llamadas reglas programáticas, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos", pg. 77. Me interesa subrayar la última parte de la cita, ciertamente, las mutaciones en el concepto de Constitución afectan a la interpretación jurídica en su conjunto y no sólo a la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. La autora parece adherirse con ello a quienes -como PRIETO, L., "Notas sobre la interpretación Constitucional", op. cit., pg. 176 o ALONSO, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pg. 25- consideran que la peculiaridad de la interpretación constitucional se debe esencialmente a su objeto frente a la opinión de que ésta también es consecuencia de la peculiar función de los órganos encargados de realizarla y de las consecuencias de las decisiones de estos órganos. La discusión no es irrelevante, si la peculiar interpretación de la Constitución se debe a los especiales caracteres de las normas constitucionales, afectan a la actividad interpretativa de cualquier operador jurídico y, desde el momento en que se articula el principio de interpretación conforme y -en lo que más nos interesa- el 'efecto irradiación', a la interpretación de cualquier norma jurídica; por el contrario, si -frente a lo que venimos manteniendo- las peculiaridades de la interpretación se deben a la función del Tribunal Constitucional, sólo afecta a su labor interpretativa.

³³ PRIETO, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, al tiempo que señala que el constitucionalismo se construye 'como un nuevo desafío al positivismo', subraya los argumentos en favor de un 'constitucionalismo positivista'. Sobre las convergencias y divergencias del constitucionalismo y el positivismo como metodología, teoría e ideología, ver TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., de modo especial, Ch. XIII "El concepto de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit", pp. 203-221. También TROPER, M. opta por un constitucionalismo positivista. Aunque PRIETO, L. -en la línea de lo que aquí hemos mantenido- se refiere al positivismo metodológico (caracterizado por la idea de 'neutralidad'), y el autor francés al positivismo teórico (en cuanto se refiere a la definición del Derecho que en mayor medida de cuenta de cómo el Derecho aparece).

³⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

la Constitución y la ley”³⁵. El carácter principal que Zagrebelsky considera atributo inseparable de las normas auténticamente constitucionales, se utiliza para poner en cuestión la utilidad del positivismo jurídico como método de aproximación al Derecho.

Un análisis detenido de las distintas propuestas sobre la interpretación constitucional, excedería el objeto de este trabajo; sin embargo, sí conviene señalar que éstas se mueven entre aquéllas que consideran aptos el ‘método jurídico tradicional’³⁶ y aquéllas para las que la interpretación de la Constitución es una cuestión de naturaleza política –entre estas propuestas se encuentran las que consideran que la interpretación constitucional no puede someterse a los cánones del método clásico e idean distintas categorías que limiten la libertad del intérprete³⁷- y que la polémica se produce –sólo en parte- porque las normas ‘materiales’ constitucionales no se adaptan al modelo ‘clásico’ de reglas³⁸.

En cuanto al primero de los aspectos también se pronuncia E.W. Böckenförde³⁹.

³⁵ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., pg. 110.

³⁶ GÈNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, op. cit., Primera Parte, “Exposición analítica del método tradicional de interpretación jurídica”, pp. 16-56. PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., pg. 30 señala la dificultad que representa entender “cómo la jurisprudencia alemana del XIX, que partía de una visión histórica y relativista del Derecho, pudo concluir elaborando una genealogía de los conceptos” de modo que tanto en la escuela de la exégesis cuanto en la jurisprudencia de conceptos “la interpretación del Derechos se ajusta al modelo de la lógica formal”, aunque en el segundo caso “sea más a partir de construcciones científicas que de un sistema legal codificado” (pg. 30). Una breve síntesis de cómo evoluciona el método jurídico a partir del siglo XIX la encontramos en KAUFMANN, A., “Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho”, *Pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. a cargo de A. Kaufmann y W. Hassemmer, encargado de la edición española G. Robles Morchón, trad. M^a Virginia Martínez Bretones y G. Robles Morchón, Debate, Madrid, 1992, pp. 49-141, pp. 110-124.

³⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 250-251.

³⁸ A propósito se manejan distintas clasificaciones, ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, op. cit., pg. 17 ss, señala la diferencia entre normas y principios por un lado, y normas de aplicabilidad inmediata y diferida por otro. Para este autor la diferencia entre normas y principios es que los principios no tienen eficacia inmediata, sino subsidiaria o informadora; las normas de aplicabilidad diferida ni siquiera tienen –sin intermediación de una decisión de los poderes contituidos- esa eficacia de principios.

³⁹ BÖCKENFÖRDE, E.W., “Los métodos de interpretación constitucional- inventario y crítica”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 13-43. Con referencia al ‘arte de la interpretación’ en general, y no sólo constitucional, establece ZACCARIA, G., “Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa”, *L’ arte dell’interpretazione. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*, pp. 3-40, la existencia de dos grandes corrientes en Italia, “la teoría analítica del diritto”, por un lado, y “la topica giuridica, ermeneutica giuridica y teoría dell’argomentazione”, por otro.

El autor tantas veces citado se detiene en el análisis de los distintos métodos de interpretación que se proponen frente al “método hermenéutico clásico en materia constitucional”. En su opinión, todos los métodos interpretativos a los que se refiere producen una devaluación del carácter normativo de la Constitución. El método interpretativo-clásico porque ignora la indeterminación frecuente de las normas y principios constitucionales y oculta –bajo la apariencia de interpretación- la arbitrariedad en la selección de los medios de interpretación (que hace que más que ante supuestos de interpretación nos encontremos ante ejemplos de creación de Derecho)⁴⁰. El “método tópico orientado al problema”, supone que las disposiciones constitucionales se conviertan en puntos de vista no exclusivos –y, por tanto, no vinculantes- para la solución del problema. En lo que respecta a “la interpretación de la Constitución orientada a las ciencias de la realidad”, se considera que tienen valor normativo lo que no son sino meros juicios sobre las normas constitucionales (tendremos ocasión de detenernos en el estudio de este modelo porque es el adoptado en España por P. Lucas Verdú). Por último, la “interpretación constitucional hermenéutica concretizadora”⁴¹ se presenta en dos versiones, la representada por K.

⁴⁰ Sobre los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Constitucional ver EZQUIAGA, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñati, 1987, en opinión de este autor, cuya obra pretende ser descriptiva, el Tribunal utiliza los criterios del método ‘tradicional’ adaptándolos a la especificidad de las normas constitucionales que, por su mayor margen de discrecionalidad le permiten una mayor maniobra. En esta obra, el autor sigue en buena medida la teoría de WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, quien afirma que la interpretación constitucional es un ‘caso especial de interpretación legal’. Al contrario, ARAGÓN, M., “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº17, 1986, pp. 85-136, especialmente, IV. “El carácter indisponible del parámetro del control jurisdiccional y los criterios de valoración. El problema de la interpretación del Derecho y, en especial, de la interpretación constitucional”, pp. 110 y ss., propone la existencia de supuestos que no son propiamente de interpretación sino de creación en los que la competencia debe quedar reservada al Parlamento. Esta solución se asemeja a la adoptada por BÖCKENFÖRDE, para quien –y en lo que en estos momentos nos interesa- el error de todas estas teorías está en equiparar la función de la Constitución a la de la Ley y la función del Tribunal Constitucional a la de la jurisdicción ordinaria. En su opinión, por el contrario, es preciso concebir la Constitución como un ordenamiento marco y el Tribunal como un poder al que corresponde la competencia de ‘garantizar la constitución dada’. Desde el momento en que existen ámbitos en los que el constituyente no ha podido o no ha querido decidir, la norma constitucional no puede determinar absolutamente la actividad legislativa. De este modo, la competencia para llevar a cabo la ‘concretización creadora’ de la parte jurídico-material –de la que forman parte los derechos fundamentales- no es del Tribunal Constitucional sino del legislador, “Los métodos de interpretación constitucional –Inventario y crítica”, op. cit., pp. 40-41.

⁴¹ De la que se encuentran ejemplos entre nuestros autores en LÓPEZ PINA, A., “Constitucionalismo y “religión civil”, a modo de prólogo para españoles”, en el colectivo por él editado, *División de poderes*

Hesse -a la que E. W. Böckenförde reprocha que sitúa como límite a la 'concretización' el mismo texto constitucional que es precisamente el objeto a interpretar- y la 'racionalización metódica el proceso de concretización de F. Müller, que al autor parece más coherente con el Estado social de Derecho pero que presenta la dificultad de 'formularse en términos poco comunes que dificultan su comprensión'⁴².

El segundo de los aspectos apuntados requiere una mayor atención. Es preciso señalar al respecto que normalmente doctrina y jurisprudencia asocian la función objetiva de los derechos a la idea de 'orden de valor', de principios o de 'instituciones'⁴³, pero, además, forman parte del Ordenamiento -como no podía ser

e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional, op. cit., pp. 9-28, pg.24, "...para empezar, no es realizable el contenido de una norma a partir, sin más, de las pretensiones contenidas en la misma. Es en el proceso de concreción, en el que se hace realidad la expectativa de vigencia de la Constitución (Hesse), únicamente posible bajo la consideración de las condiciones de la realidad a cuya ordenación va destinada la norma (Müller). A tal efecto procederá poner en relación con el contenido de la norma constitucional la circunstancia del caso a ordenar, ya que únicamente en correspondencia con las circunstancias material, funcional, competencial y jurídico-procesal, del caso en cuestión, se deja concretar el interés público contenido como mandato en la Constitución (Häberle)". Ver también, en la misma obra colectiva, ZAGREBELSKY, G., "La búsqueda de la norma de Derecho. El problema de los métodos", *División de poderes e interpretación...*, op. cit., pg. 167-185 y, por supuesto, HESSE, K., "El texto constitucional como límite de la interpretación", *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, ed. y prol. A. López Pina, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 184-185, cuyas advertencias sirven también como prevención frente a algunos de los riesgos de la idea de Constitución como 'constitución material' a la que nos referiremos con posterioridad; afirma HESSE, K., "en mis trabajos me he ocupado intensamente de la interpretación constitucional, y sólo más tarde he conocido la praxis. Ha sido entonces cuando he tenido ocasión de apreciar la diferencia fundamental que existe entre ambas...En las decisiones del Tribunal alemán -igual que en España e Italia- no se considera la Constitución en términos positivistas, sino en su relación con la realidad social, desempeñando ésta un papel importante en la interpretación. El considerable peso de la realidad social comporta el riesgo de que la Constitución sea interpretada a tenor de las circunstancias,..., cuando es así que sería la Constitución la que, desplegando su contenido normativo, debería orientar los procesos." Comparte una idea de Constitución semejante a la de Hesse y Müller, BALAGUER CALLEJÓN, F., "Constitución normativa y Ciencia del Derecho", *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 89-112.

⁴² La tipología de los métodos de interpretación constitucional es reconducida por el PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 271-276, a interpretación *formalista*, interpretación *material*, interpretación *sistemática*, e interpretación *evolutiva*. En mi opinión los cuatro modelos se pueden reducir, a su vez, a interpretación *formalista* y a interpretación *material*.

⁴³ Así, refiriéndonos a los trabajos hasta aquí citados, FREIXES, T., GALLEGU ANABITARTE, A. , PÉREZ LUÑO, A.E. y la famosa sentencia del Tribunal Constitucional sobre orden de valores. El propio Tribunal Constitucional también habla de principios, del mismo modo PRIETO, L., e incluso ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J. Un uso amplio de la 'teoría institucional' lo encontramos en PECES-BARBA, G., para quien los derechos son prolongación de los valores (forman, por tanto, parte del orden axiológico) pero constiuyen 'institutos', también OTTO, I. de habla de institutos.

menos- las reglas, por lo que también merece la pena prestar atención a esta estructura en sus relaciones con los derechos fundamentales.

Por un lado, la diferencia entre valores, principios y reglas⁴⁴ no es pacífica en la cultura jurídica española; por otro, no existe un concepto claro de qué sea una 'institución'. Sin embargo, podemos agrupar los distintos elementos en dos grupos; parece que con principios y reglas se está aludiendo a 'estructuras' normativas en sentido estricto; en tanto que de los múltiples usos que la jurisprudencia y la doctrina de los derechos fundamentales hacen de 'instituciones', sólo se puede extraer como idea definitoria su papel como técnicas específicas de interpretación constitucional⁴⁵. Por su parte, la idea de valor adquiere un carácter ambivalente y aparece a veces como "estructura" y a veces como "estrategia de interpretación". Desde luego, no es posible comparar reglas-principios con instituciones, los primeros son, como decíamos, estructuras normativas; con 'instituciones' se hace referencia a una categoría jurídica que no tiene por qué coincidir con una única norma y con 'valores' se alude, como acabo de señalar a veces a una estructura y otras a un contenido de las normas, ambos aparecen frecuentemente como instrumentos al servicio de la interpretación constitucional⁴⁶.

⁴⁴ Me refiero a 'principios' y 'reglas' para subrayar la posibilidad de entender ambos elementos como pertenecientes al género 'normas'. No obstante, ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, considera distinta la diferencia principios-normas de los sistemas cerrados -modelo continental- y la diferencia 'principle'- 'rule' de los sistemas abiertos -modelo anglosajón-.

⁴⁵ Así lo interpreta MÜLLER, F., *Discours de la Méthode juridique*, trad. del alemán de O. Jouanjan, P.U.F., Paris, 1996, por ejemplo, pp. 88-90 se refiere al recurso a la idea de los derechos fundamentales como valores o como sistema de valores en la descripción de la práctica metodológica de la Corte Constitucional Federal o al "pensamiento institucional en derecho constitucional" (pp. 141-142) como un a de las nuevas orientaciones metodológicas de la 'ciencia del Derecho Constitucional'.

⁴⁶ Como dos de las distintas teorías que condicionan la interpretación de los derechos aparecen en BÖCKENFÖRDE, E.W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", op. cit., junto a las teorías "democrático-funcional", 'liberal' y 'del Estado social'. Sin embargo, ya en este autor hay algo que separa estas teorías de las restantes, para la institucional el modelo de dependencia del individuo y del Estado; para la segunda que presupone una vinculación de la 'jurisprudencia' con las ciencias de la cultura; pp. 53-57 y 57-60. En éstas, como en la "democrático-funcional", la libertad se convierte en una libertad 'para'.

1. Principios y reglas como estructuras normativas de los derechos.

Constituye un lugar común en la teoría y en la dogmática nacionales y extranjeras –aunque con distintas denominaciones– considerar que la descripción del Derecho como un ‘modelo puro de reglas’ es insuficiente para dar cuenta de la realidad del fenómeno jurídico⁴⁷.

Frecuentemente se subraya que, junto a las reglas, existen otras estructuras normativas, los principios, sobre cuyos rasgos definitorios y funciones en el conjunto del Ordenamiento y sobre cuya naturaleza jurídica no existe acuerdo⁴⁸. Cuando se predica una función objetiva de los derechos, ésta suele construirse a partir de un modelo de los derechos como ‘principios’.

Sin embargo, el significado de esta vinculación de la función objetiva de los derechos con la teoría de los principios, varía en función de lo que cada autor entiende por principio que, a su vez, aparece muy estrechamente vinculado al concepto de Derecho que se maneja. Así, según se parta de un modelo iusnaturalista

⁴⁷ También es cierto que algunos autores eluden la expresión ‘principio’ por temor a ser confundidos con quienes, desde la idea de principios y como veremos a continuación, critican el concepto positivista del Derecho –por ejemplo, PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., habla de normas principiales– En general se considera la insuficiencia de la subsunción como método de aplicación del Derecho; no obstante, FERRAJOLI, L., parece entender que el método ‘logicista’ continúa siendo válido aun para la interpretación de la Constitución. Ver, por ejemplo, “Diritti fondamentali”, *Teoría Política*, XIV, nº2, 1998, pp. 3-33. Por su parte, RODRÍGUEZ-TOUBES, J., se pronuncia “En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, nº6, 1998, pp. 397-410, cuando menos en lo que a las garantías se refiere. Entiende este autor que sería posible la comprensión de los derechos desde la aceptación de que existen dos tipos de normas de derechos fundamentales, “por un lado, las que regulan el contenido esencial del derecho (en el sentido de que lo fijan mediante reglas obtenidas de la interpretación constitucional). Estas serían las normas de derechos fundamentales en sentido propio, las que garantizan tales derechos al definir un interés personal que es inviolable por ninguna razón distinta de la protección de otros derechos fundamentales. Son las normas que desentraña el Tribunal Constitucional al determinar cuándo los derechos han sido infringidos. Por otro lado, frente a esas normas de derechos fundamentales más potentes, cabría distinguir otras que *dirigen* la configuración del contenido global de los derechos (en el sentido de que lo orientan mediante reglas y principios obtenidos de la interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico). Éstas serían las normas que permiten al legislador y al aplicador del Derecho dotar a los derechos fundametales de un contenido variable, informado por los mandatos de optimización (principios) y por las demás normas vinculantes –y, por descontado, respetando el contenido esencial reglado. Son normas que reconocen y aplican los operadores jurídicos, las cuales éstos deben interpretar de modo favorable a la mera sujeción a las reglas que garantizan los derechos”, pp. 410.

⁴⁸ Sobre el uso de ‘principios del Derecho’ en el contexto español, ver HERNANDEZ GIL, A., “La categoría de los valores en la Constitución”, *La Constitución y su entorno en Obras Completas*, TOMO 7, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pp. 575-579.

de uno u otro tipo, iuspositivista o iusrealista los principios serán una u otra cosa⁴⁹.

De este modo una buena parte de los problemas en cuanto a la distinción de los principios y las reglas (y por tanto, en cuanto a la conceptualización de las normas de derechos fundamentales como normas principales) obedece a la existencia de distintos sentidos en los que se alude a los principios. M. Atienza y J. Ruiz Manero señalan algunas de las posibilidades. Según estos autores 'principio' puede referirse a norma especialmente general o vaga, o de carácter programático, o que expresa los valores superiores del ordenamiento, o constituye una norma para la aplicación de normas o se trata 'de un enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo'⁵⁰. Además del cuadro descrito por los profesores citados, es preciso señalar que en nuestro sistema de fuentes aparecen los principios generales como fuente de carácter subsidiario con respecto a la ley y a la costumbre⁵¹.

⁴⁹ JORI, M., "I principi nel diritto italiano", *Saggi de Metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 301-332, pg. 332 "...creo haber demostrado que el debate sobre los principios en el derecho, y en nuestro derecho, forma necesariamente parte del debate filosófico entre las tres principales teorías jurídicas contemporáneas: iusnaturalismo, iuspositivismo y iusrealismo. No es entonces posible tratar el problema de los principios como exclusivamente interno a un derecho, de descripción de las normas de un determinado derecho. En definitiva para poder operar en un derecho es preciso previamente determinarlo y determinar qué se está dispuesto a acoger como tal; y los principios se encuentran precisamente en una de las zonas de incerteza y de debate alrededor de la definición exacta de derecho entre estas teorías filosóficas, que divergen sobre la inclusión en el derecho de ciertos hechos (las normas que de hecho determinan la actividad de la jurisprudencia) y de ciertos valores (la necesidad ética de que la jurisprudencia integre la obra del legislador)".

⁵⁰ Aunque a continuación se contraponen las directrices a los principios en sentido estricto, con lo que surge el problema de determinar si en la teoría de estos autores las directrices son reglas, son principios o constituyen una tercera categoría, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 3 y 4. Por su parte, IGARTUA SALAVERRÍA, J., "Sobre "principios" y "positivismo legalista"", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 14, 1986, pp. 25-41, enumera los siguientes usos de principios: "para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrá faltar en una descripción suficientemente informativa de él", "para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema", "para designar aquellas normas de un sistema de derecho positivo revestidas de un carácter "fundamental"; "para referirse a las consecuencias "lógicas" de un grupo de normas inscritas en el ámbito de un sistema de derecho positivo, "para calificar a las reglas que formulan algunos objetivos generales a los que sirve el sistema de derecho positivo", "para identificar reglas de naturaleza suprasistémica que se inducen mediante una comparación generalizante entre distintos sistemas jurídicos", "para aludir a las reglas del "derecho natural" que se fundan en la aceptación vinculante de criterios de "justicia", "equidad", etc., no necesariamente extraídas de ninguna investigación comparativa" (pg. 31), en su opinión, sólo es posible ordenar esta pluralidad de acepciones desde una determinada Teoría del Derecho, en su caso desde el positivismo legalista.

⁵¹ En opinión de IGARTUA SALAVERRÍA, J., "Sobre "principios" y "positivismo legalista", op. cit., pp. 25-41, la doctrina de los principios aparece como doctrina de los principios generales hasta que "el

En definitiva, se puede decir que los principios constituyen un tipo de normas con una especial morfología -se caracterizan por su generalidad o por su vaguedad-, con un especial contenido -imponen la obligación de perseguir determinados fines (si tenemos en cuenta las directrices de M. Atienza y J. Ruiz Manero), contienen los valores superiores del sistema-; constituyen enunciados con una determinada función -son pautas para la aplicación de normas o criterios de sistematización del material jurídico-; o son un tipo de fuente distinta de la ley y la costumbre -principios generales del Derecho⁵². Sin embargo, este análisis de los usos del término resulta insuficiente para comprender el alcance de la vinculación de los derechos fundamentales a la idea de 'principio' que se produce en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial.

En las aportaciones contemporáneas -y fundamentalmente a partir de la obra de

repertorio unitario que se suponía bajo la rúbrica de los "principios generales" ha perdido su presunta homogeneidad y ahora el vocablo "principio" es un atributo definitorio de elementos cuya naturaleza y alcance varían" (pg. 29).

⁵²Sin perjuicio de que más adelante pasemos revista a las clasificaciones adoptadas por los autores españoles, podemos distinguir con AARNIO, A., "Las reglas en serio", *La normatividad del derecho*, comp. A. Aarnio, E. Garzón y J. Uusitalo, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 17-36, pp.20-22, tres tipos de principios, aquellos que contienen los valores básicos del orden jurídico; los 'principios jurídicos positivos' dentro de los que el autor citado incluye los 'principios formalmente válidos', las 'generalizaciones jurídicas' y los 'principios para la toma de decisiones'; por último, se refiere a los 'principios extrasistemáticos'; los 'principios extrasistemáticos' sólo adquieren relevancia jurídica cuando son introducidos en el discurso por un operador competente. Aunque como bien señala WROBLEWSKI, J., "Sentido" y "Hecho" en el Derecho, trad. a cargo de J. Igartua, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, Capítulo IX, "El papel de los principios del derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica", pp. 151-170, la alusión a los principios extrasistemáticos requiere una previa delimitación del 'sistema'. También este autor introduce una clasificación de los principios que distingue entre "principios positivos del Derecho", "principio implícito del derecho", "principio extrasistemático del derecho", "principios-nombre del Derecho" y "principios construcción". Los principios-nombre del derecho constituyen "un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas" como la buena fe, y los principios- construcción del derecho son "construcciones del legislador racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica". A diferencia de los anteriores, los principios de los dos últimos grupos no son normas de comportamiento, sino 'pautas de interpretación'. En general, la clasificación más extendida en nuestra doctrina es la que distingue principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos. EZQUIAGA, F.J., se interesa por el significado que la referencia a los principios generales del Derecho adquiere en la jurisprudencia constitucional; básicamente, identifica los mismos elementos a los que venimos aludiendo, así habla de "1.un artículo de la Constitución que se considera que posee un carácter "fundamental"; 2. la consecuencia o deducción de un artículo de la constitución; 3. los rasgos "fundamentales" de una regulación, de una ley o de un sector de la legislación; o 4. los principios generales del Derecho". En opinión de este autor la aparición de los 'principios constitucionales' (las categorías 1. y 2.) frente a los 'principios generales del Derecho' es la causa 'del nacimiento de una época de gloria para los "principios". *La argumentación en la justicia Constitucional Española*, op. cit. Este último autor parece situarse en una concepción 'funcional' de la distinción principios y reglas. Daré cuenta del significado de esta distinción con posterioridad.



R. Dworkin- el recurso a la idea de principios ha sido utilizado para cuestionar el positivismo jurídico. Es, precisamente, este aspecto del problema el que más me interesa para el análisis de las teorías de los derechos fundamentales que se desarrollan en España desde 1978, porque en él se pone de manifiesto que en numerosas ocasiones las teorías de los principios los presentan “como vehículo de la Moral en el Derecho”⁵³.

En este sentido G. Carrió enumera una larga lista de usos posibles de ‘principios jurídicos’⁵⁴ con la pretensión de determinar en qué medida la aceptación de que el Derecho no puede ser descrito como un modelo de reglas pone en cuestión el positivismo jurídico. De entre todas las acepciones a que se refiere el autor, sólo resultan problemáticos en cuanto a su relación con el positivismo jurídico⁵⁵- aquellas en que la expresión hace referencia a características importantes del orden jurídico, generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de sus reglas y a reglas no operativas dirigidas al legislador, a pautas para la interpretación, integración y aplicación de reglas y a “objetivos, propósitos y *policies* atribuibles a las reglas del sistema, a exigencias de justicia y moral positivas y a máximas legadas por la tradición jurídica”. La lista de usos compatibles con el positivismo, que vienen a coincidir con la propuesta por M. Atienza y J. Ruiz Manero, se simplifica más si hablamos, con el

⁵³ Ver PRIETO, L., “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47-68, pp. 66-68.

⁵⁴ CARRIÓ, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 32-38, considera -sin ánimo de sistematicidad (pg. 38)- que la expresión se usa para hacer referencia a 1. ‘pautas de segundo nivel que versan sobre la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas de primer grado, 2. “para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él”, 3. “para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema”, 4. “ para referirse a la *ratio legis* o *mens legis* de una norma dada o de un conjunto dado de normas, esto es, a su propósito, objetivo, meta, *policy*, etc.”, 5. “para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo”, 6. para hacer referencia a las exigencias de ‘moral interna’, 7. “para hacer referencia a guías dirigidas al legislador que solo tienen un carácter meramente exhortatorio”, 8. “para aludir a ciertos juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positivas y que se dicen sustentados en la “conciencia jurídica popular”, 9. “para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica”, 10. el uso, vinculado a la Escuela Histórica, de principio como fuente generadora de reglas que subyace al sistema y 11. el uso que se relaciona con la jurisprudencia de conceptos conforme al cual “se emplea...para aislar enunciados que...derivan de una enigmática esencia de los conceptos jurídicos considerados como entidades”

⁵⁵ Que el autor caracteriza negativamente como aquella teoría que se contrapone a la inclusión de cualquier ‘estancia supraempírica’ en el concepto del Derecho.

autor, de *Principios*₁ y de *Principios*₂ para referirnos respectivamente a “pautas de segundo nivel...que indican cómo deben entenderse, aplicarse y, a veces, complementarse las reglas de primer grado” y a “los propósitos objetivos, metas o *policies* de una regla o conjunto de reglas del sistema, ciertas exigencias fundamentales de justicia y moral positivas y ciertas máximas o piezas de sabiduría jurídica tradicionales”, que además no son *Principios*₁⁵⁶.

Ciertamente, no ha planteado problemas para el positivismo jurídico la admisión de *Principios*₁ que pueden entrar a formar parte del sistema a través de la legislación o a través de la ‘costumbre judicial’. Ahora bien, otra cosa ocurre con los *Principios*₂. Éstos coinciden con los principios y las ‘directrices’ de R. Dworkin – a cuya obra se debe en buena medida el nuevo carácter de la polémica a propósito de los principios⁵⁷ y en numerosas ocasiones constituye el punto de referencia de las construcciones españolas al respecto⁵⁸. Pero además, los derechos fundamentales se presentan como *Principios*₂, por lo que -lo pone de manifiesto la obra de Dworkin y es señalado así por algunos autores españoles⁵⁹- la aceptación de que constituyen una estructura normativa idónea para acoger derechos fundamentales podría poner en cuestión la posibilidad de dar cuenta del modelo de derechos diseñado por la Constitución desde una perspectiva positivista que hasta aquí venimos manteniendo.

Sin embargo, no siempre que se admite la existencia de principios en el Derecho se está defendiendo una teoría no positivista del Derecho; dependerá, por un

⁵⁶ CARRIÓ, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, op. cit., pg. 42

⁵⁷ HART, H., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, nº36, 1980, pp. 3-18. En opinión de PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, la ‘defensa’ del positivismo jurídico encabezada por Hart frente a Dworkin encuentra su precedente la réplica de Kelsen a Esser (pg. 19). Un estudio conjunto de las propuestas de Dworkin y Esser en RAMOS PASCUA, J. A., “El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 9, 1992, pp.269-290. Para Ramos Pascua, J. A. las teorías de Dworkin y Esser se mueven en ámbitos diferentes, el iusnaturalismo y el positivismo respectivamente. En mi opinión, tanto uno como otro coinciden en la confianza en la actividad judicial como factor de ‘racionalización’ del Derecho que se ayuda de elementos existentes con anterioridad a la solución pero diferentes de la Ley.

⁵⁸ La opinión de CARRIÓ, G.R., al respecto es que nada hay en la configuración de los principios que les impida formar parte del Derecho concebido al modo positivista y, a continuación, que ambos tipos de principios deben poder ser identificados por la norma de reconocimiento para poder considerarse del Derecho. Veremos distintas posibilidades presentadas al respecto por autores españoles.

⁵⁹ OLLERO, A., “Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 11, pp. 91-103

lado y como pone de manifiesto G. Carrió, de qué sentido de 'principios' se admita⁶⁰ y, por otro, como tendremos ocasión de analizar, de qué distinción entre principios y reglas se considere adecuada. Ya adelanté que la teoría de Dworkin sobre los principios es frecuentemente utilizada en la literatura jurídica española como punto de referencia para sus propias construcciones. En este sentido, me parece útil detenerme en una somera descripción de los planteamientos de este autor que nos permitan comprender cómo se desarrolla en nuestra cultura la idea de principios del Derecho en relación con los derechos fundamentales y explicar así lo que denominaré como teorías fuerte y débil de los principios y distinción fuerte y débil entre principios y reglas.

La diferenciación entre distinción fuerte y débil de principios y normas tiene que ver con la oposición que establece L. Prieto entre las posturas que defienden la existencia de una diferencia lógica o estricta entre normas (reglas) y principios y aquellas otras que consideran que se trata de especies de un mismo género. En este sentido, L. Prieto opone a la 'diferenciación lógica o estricta' "entre normas (reglas) y principios" -cuyo principal representante es, como hemos visto, R. Dworkin-, aquellas teorías conforme a las cuales reglas y principios aparecen como normas -por tanto como, 'especies de un mismo género'-⁶¹. Prefiero hablar de distinción o demarcación fuerte y distinción o demarcación débil, porque no todos los autores partidarios de una distinción del primer tipo consideran que los principios no son normas.

⁶⁰ OLLERO, A., *Derechos humanos y Metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, considera la idea de que los derechos son 'principios' como el dato que demuestra que la Constitución española no puede ser interpretada en clave positivista.

⁶¹ PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pp. 27-55. En su opinión -compartida con IGARTUA SALAVERRIA, J., "Sobre 'principios' y 'positivismo legalista'" *Revista Vasca de Administración Pública*, op. cit., pp. 25-41- hasta los últimos años no aparece la preocupación por diferenciar los principios de las restantes normas, la preocupación fundamental se refería a la determinación de su fuerza vinculante, "sin embargo, en los últimos años y en el marco de la teoría del Derecho acerca de los principios (no ya generales) viene abriéndose paso un nuevo enfoque: ahora ya no se discute la normatividad o fuerza obligatoria de los mismos, se reconoce y con la más alta intensidad, sino su propia morfología de reglas o normas jurídicas. De acuerdo con este nuevo enfoque, el problema reside en determinar si entre normas y principios existe una diferencia lógica, cualitativa o radical o, por el contrario, una distinción meramente de grado; incluso más allá, si cuando los juristas hablan de principios se refieren a una cierta clase de normas o a un cierto modo de argumentación", pg. 32.

En general, las tesis de R. Dworkin que para la comprensión de la teoría de los derechos española resultan relevantes son las siguientes:

- 1.-La existencia de principios como quiebra del 'positivismo metodológico'.
- 2.-Primacía del modelo de principios sobre el modelo de reglas.
- 3.-El modelo de principios como el único adecuado para que los derechos 'sean tomados en serio'.
- 4.-El argumento basado en derechos como argumento determinante en el hallazgo de la única solución justa.

En opinión de A. Calsamiglia⁶², la pretensión de Dworkin es construir una tercera vía distinta del positivismo jurídico y del iusnaturalismo cuya clave está en aplicar el modelo *reconstructivo* de Rawls⁶³ al conocimiento del Derecho. Se trata de considerar el razonamiento jurídico como prolongación del razonamiento práctico eliminando los límites entre Derecho, Moral y Política. Es necesario, no obstante, señalar, que no siempre que se vincula la argumentación jurídica a la argumentación moral, estamos separando la tesis de la separación entre el Derecho y la moral ni obligados a defender la idea de la única respuesta correcta. Lo primero exigiría además que esos argumentos morales se entendiesen como jurídicamente vinculantes (lo que sería lo mismo que afirmar que existen estándares jurídicos cuya validez no

⁶² "Prólogo a *Los derechos en serio*", *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 7-29, pg. 12

⁶³ Una aplicación de su Teoría de la Justicia al problema de las 'libertades fundamentales' se encuentra en RAWLS, J., "las libertades fundamentales y su prioridad", *Libertad, igualdad y Derecho*, Ed. S. M. McMurrin, trad. G. Valverde, Ariel, Barcelona, 1988, pp.9-90, pg. 24, "la unidad social ya no se basa en una concepción del bien del tipo que pueda proporcionar una fe religiosa o una doctrina filosófica común, sino en una concepción pública de la justicia compartida por todos, que sea compatible con la concepción de los ciudadanos de un Estado democrático como individuos libres y de iguales derechos", esta 'concepción pública' será el 'liberalismo político'. Sobre este extremo en Dworkin, ver *Los derechos en serio*, op. cit., Cap. 6. "La justicia y los derechos", pp. 234-275, pg. 245. En cuanto a la idea de comunidad en que Dworkin basa la integridad como elemento que permite reconstruir el Derecho como un modelo de principios, ver *El imperio de la Justicia*, trad. C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 153-157; al respecto, DWORKIN, R., distingue tres modelos de comunidad sobre la base de 'las actitudes que los miembros de una comunidad política tomarían el uno con el otro si compartieran la visión de la comunidad que expresa el modelo' (pg. 153), de modo que se puede hablar de comunidad como 'accidente *de facto*' (en cuyo caso no existen obligaciones de unos con otros), del 'modelo de reglamento' (en el que cada uno se compromete con los otros sólo en la medida en que queda establecido a través de reglas prefiguradas 'de una cierta forma que es especial para la comunidad) y del 'modelo de principios (el compromiso con los restantes miembros de la comunidad es más amplio que en los otros dos por cuanto "los miembros aceptan que sus derechos y deberes políticos no están agotados por decisiones que son tomadas por intuiciones políticas, sino que en forma más general, dependen del esquema de principios que esas decisiones presuponen y hacen cumplir"), pg. 155

depende de su *pedigree* sino de su contenido) y lo segundo, que esos argumentos jurídicamente válidos -fundamentalmente como 'obligatoriedad'- por su carácter moral son también los moralmente correctos.

Para ello, el autor argumenta que la existencia de los principios como estándares distintos de las normas en cuanto a su forma de aplicación, en cuanto a los criterios que se utilizan para su identificación y en cuanto a su importancia -la distinción entre principios y 'normas jurídicas' que propone Dworkin es la que aquí denominaremos 'distinción fuerte'-, supone que la teoría positivista deja de ser adecuada para describir el Derecho vigente⁶⁴. Cuando los jueces se enfrentan a un caso difícil han de resolver tomando en cuenta los principios y no -como propone el positivismo- sobre la base de la discreción. Con ello se consigue separar los papeles del legislador y del juez, se evita la aplicación retroactiva del Derecho que inevitablemente se deriva de la tesis positivista de la discrecionalidad y se ofrece una descripción más ajustada a la realidad de lo que los juristas entienden que es el Derecho. en este modelo de distinción fuerte los principios suponen, además, una nueva concepción de la función del juez.

En opinión de L. Prieto, la teoría de Dworkin permite recuperar la ideología subyacente al 'primer positivismo' "que pretendía avalar la naturaleza técnica o apolítica de la jurisprudencia y la unidad de solución justa"⁶⁵. Efectivamente, las tesis de Dworkin permiten concluir que un juez Hércules será capaz de dar con la única respuesta correcta.

Lo que ocurre es que dentro de lo que hasta aquí hemos denominado principios,

⁶⁴ *Los derechos en serio*, op. cit., pg. 72, "me propongo llevar un ataque general contra el positivismo...Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas" donde principio hace referencia "a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad" y directriz el que "propone un objetivo que ha de ser alcanzado" ; ambos, principios y directrices, conforman el grupo de los principios en sentido amplio. Para la descripción del 'modelo de reglas' y el 'modelo "antipositivista" tal y como lo plantea Dworkin, ver CARRIÓ, G.R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, op. cit., pp. 46-51 y 52-56, respectivamente.

⁶⁵ PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pg. 103. Ver también *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., pg. 73.

Dworkin distingue los principios y las directrices políticas; en el razonamiento judicial sobre casos difíciles -los que no pueden ser solucionados directamente teniendo en cuenta las normas jurídicas-, prevalecen los principios sobre las directrices, puesto que el juez debe tener en cuenta argumentos de principio (que “justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho”) y no argumentos políticos (que “justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo”)⁶⁶. Con estas consideraciones, los principios pueden ser redefinidos como “proposiciones que describen derechos” en los casos difíciles⁶⁷. Los derechos morales son derechos que los individuos tienen en contra de sus gobiernos por lo que los principios que contengan derechos morales prevalecerán sobre cualesquiera otros argumentos y el juez debe mentir en caso de conflicto entre los derechos jurídicos y los derechos morales para dar prevalencia a los derechos morales.

Para los partidarios de la que denominaremos tesis de la demarcación débil, es cierto que los juristas denominan principios a estándares más generales y que se enuncian en términos más vagos, pero a este respecto, la distinción con las reglas es de grado; la diferencia no es cualitativa, sino relacional y comparativa de modo que “juegan un papel similar o análogo en la discreción judicial”. Por otra parte, la categoría ‘principios’ suele vincularse a un contenido valorativo; pero también las normas pueden ser expresión de valores. De modo, que los partidarios de esta tesis concluyen con que “como sucede con los familiares, las reglas y los principios se parecen sin ser completamente idénticos”⁶⁸.

En efecto, un ejemplo de aproximación a los principios que se suma a lo que he denominado como demarcación débil lo encontramos en R. Guastini⁶⁹. Este autor plantea la posibilidad de caracterizar los principios atendiendo a tres criterios: su relación con otras normas, su formulación lingüística o su generalidad. Desde el primer punto de vista, los juristas consideran principios a aquellas normas que sirven

⁶⁶ *Los derechos en serio*, op. cit., pg. 148.

⁶⁷ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pg. 158

⁶⁸ AARNIO, A., “Las reglas en serio”, *La normatividad del Derecho*, op. cit., pg. 18.

⁶⁹ “Principi di diritto”, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turin, 1992, pp.143-156.

de fundamento a otras normas; y ello puede significar que las otras normas son especificación de aquélla que se considera principio, que el principio sirve de fin con respecto al cual esas otras normas constituyen medios (no es claro, para este autor, que se hable de principio cuando la norma es fundamento de otra en cuanto fuente de la que deriva la competencia del órgano que produce la segunda norma), con lo que podemos decir que, en atención a este criterio, una misma norma nos puede aparecer a veces como principio y a veces como regla en función de la relación con otras normas. En atención al segundo criterio, también se consideran principios las normas formuladas en términos vagos que dan lugar a un amplio margen de discrecionalidad. Sin embargo, el autor, criticará este criterio de distinción. En su opinión todas las normas tienen una zona de penumbra por lo que la determinación del margen de incertidumbre a que debe dar lugar una norma para poder considerarla principio es, también cuestión de grado. En cuanto a la idea de generalidad, se trata también de un concepto relacional. Así, para este tipo de posición, la diferencia entre principios y reglas es de grado.

En definitiva, en opinión del profesor Prieto, la teoría fuerte de los principios - a la que da lugar la distinción fuerte de los principios y las reglas- supone que “el horizonte de la normatividad no se agota en aquellos estándares de conducta que cuentan con respaldo institucional, sino que se abre al mundo de la moralidad, de la política o de unas exigencias de justicia que se suponen objetivas y susceptibles de conocimiento, componiendo así un orden indiferenciado de moralidad y Derecho, donde los principios, situados en la cima del sistema, dotarían de sentido y de coherencia valorativa a cada una de las reglas y decisiones particulares. Y sirve, en segundo lugar, para cerrar el sistema jurídico mediante un modelo de racionalidad que permite resolver cualquier caso dudoso con los materiales y argumentos que proporciona el propio sistema; la teoría fuerte de los principios no elimina ni elude las dificultades interpretativas, sino que acaso las subraya, pero cree poder ofrecer un camino seguro para garantizar en cada caso la *mejor* respuesta sin recurrir al uso de la discrecionalidad”, por su parte, la teoría débil -de la que el autor es partidario- “resulta mucho más modesta” aunque más adecuada para la descripción del Derecho, no desdeña el relevante papel de los principios en la interpretación y argumentación

jurídicas, pero rechaza la tesis de la unidad de solución justa para adherirse a la discrecionalidad⁷⁰. También según L. Prieto, desde la teoría débil la aproximación estructural de los principios pierde interés en favor del análisis funcional.

En razón de las ideas que venimos apuntando, la diferencia fundamental a propósito del lugar de los principios en la Teoría del Derecho y, por tanto, en el razonamiento judicial se encuentra entre los partidarios de la distinción fuerte y aquellos otros que optan por una distinción débil⁷¹ de los principios y las reglas. A grandes rasgos, la tesis de la demarcación fuerte defiende una diferencia cualitativa entre ambas categorías que no es compartida por la tesis de la demarcación débil. Esta diferencia se pone de manifiesto en tres ámbitos, el de la formulación lingüística, el estructural, el de la validez y el de la posición de reglas y principios en la argumentación jurídica. En el primero de los niveles enumerados, las reglas ‘se siguen o no’, mientras los principios ‘pueden seguirse más o menos’; en el segundo, las reglas aparecen como ‘razones perentorias’ en tanto los principios “son mandatos de optimización que exigen sopesar y balancear por parte del decisor”; por último, es posible determinar la validez de las reglas teniendo en cuenta criterios formales mientras que los principios, además, necesitan validez material cuando no están formulados explícitamente⁷².

La diferencia entre uno y otro tipo de ‘distinción’ se sitúa en el plano estructural, según hemos visto; pero además, guarda relación con el papel que se atribuye a los principios en el razonamiento jurídico –de modo especial en el razonamiento judicial- y con las consecuencias que se hacen derivar para el concepto de Derecho y la metodología jurídica. Así, los partidarios de la distinción fuerte consideran que los principios sirven para eliminar la discrecionalidad judicial, desde

⁷⁰ PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pp. 131-132.

⁷¹ Ver, además de las obras ya citadas, PUIGPELAT, F., “Principios y normas”, *Anuario de derechos humanos*, n^o6, pp.231-247, donde se contiene un intento de clasificación de los autores en este sentido en la que se presta atención especial a los españoles.

⁷² AARNIO, A., “Las reglas en serio”, op. cit., pp. 17-36. Adelanto que para este autor ninguna de estas tesis es válida, “ambas captan algunos aspectos relevantes del problema pero fracasan a la hora de proporcionar una imagen genuina”, pg. 18. Y ello porque entre las categorías extremas de reglas y principios ‘característicos’ existe una gradación que incluye ‘principios que son como reglas’ y ‘reglas que son como principios’; para dar cuenta del diferente funcionamiento de reglas y principios ‘característicos’ en el razonamiento jurídico es válida la distinción fuerte que, sin embargo, no se adecúa a las restantes.

el momento en que suministran al juez los datos que le permiten hallar la única respuesta correcta. Por el contrario, los partidarios de la distinción débil, ven en los principios argumentos jurídicos cuya función es 'legitimar' la decisión judicial. La admisión de principios en este sentido débil, no tiene por qué suponer una nueva definición del Derecho ni un método que abandone los presupuestos del positivismo.

Para un estudio del problema en la cultura jurídica española tiene interés prestar atención a tres grupos de teorías, los partidarios de la 'teoría fuerte', los partidarios de la 'teoría débil' y un tercer grupo de autores que recurren a los principios para justificar el retorno al Derecho Natural del caso concreto. En esta línea, como exponentes de la distinción fuerte podemos citar, entre los autores españoles a M. Atienza y J. Ruiz Manero⁷³, en tanto que partidario de la distinción débil es L. Prieto⁷⁴. Por otra parte, A. Ollero –cuya concepción de los derechos se situaba fuera del núcleo de certeza– aborda el análisis de los principios desde un determinado iusnaturalismo. No es fácil encajar sin más las distintas teorías de los principios que son relevantes para el trabajo y que se encuentran presentes en nuestra cultura jurídica con la tipología que antes cité de Jori, según la cual se reproducían a propósito de este problema las controversias que afectan al concepto del Derecho, y es que, no se puede afirmar sin más que la teoría de la distinción fuerte sea iusnaturalista como tampoco se puede encasillar a A. Ollero en el iusnaturalismo sin mayor explicación. Por un lado, porque la teoría de Atienza y Ruiz Manero supone abandonar la tesis de la separación entre el Derecho y la Moral y, por tanto, no es iuspositivista, pero la conexión se establece a través del razonamiento con lo cual tampoco se corresponde con el iusnaturalismo tal y como estamos acostumbrados a referirnos a él. Por otra parte, la versión de A. Ollero supone la pervivencia de un tipo de teorías iusnaturalistas que constituían el 'paradigma dominante' en el momento anterior al que se inicia con la 'cultura constitucional' y que podría describir mejor como 'iusnaturalismo aristotélico-tomista'⁷⁵. Por ello, aun cuando los dos primeros nos

⁷³ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996

⁷⁴ Ver, por todas, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico.*, op. cit.

⁷⁵ PECES-BARBA, G., "Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española", *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 104 y 105. A propósito de la teoría de los derechos de A. Ollero, señala este autor, "creo que sin asumir algunas de las dimensiones del pensamiento jurídico

pueden servir como ejemplos de modelos de principios desde el iusnaturalismo - siquiera sea un iusnaturalismo 'peculiar'- y el iuspositivismo respectivamente, sólo podemos pensar en el último como en un modelo realista, en cuanto termina por entender por principios aquellos criterios de justicia que efectivamente 'guían' al juez en la resolución del caso concreto.

En alguna medida, y esto es un rasgo común a todos los autores, también la afirmación de que los derechos pueden aparecer como principios supone afirmar que la interpretación de los derechos es distinta de la interpretación de las 'reglas'. Por ello, también en alguna medida, la opción por un modelo de principios frente a un modelo de reglas, supone una opción por un modelo de interpretación -y por tanto, por un modelo de hacerse efectivos los derechos- frente a otro. Sólo si el modelo es de reglas es posible afirmar que la interpretación de los derechos se somete a los criterios del método 'clásico'⁷⁶. Si el modelo de derechos es de 'principios' las posibles respuestas varían, y ello tanto desde la distinción de M. Atienza y J. Ruiz Manero cuanto desde el modelo de L. Prieto. En el primer caso, siempre que el intérprete se encuentre ante un caso difícil debe tener en cuenta los derechos como razones para una decisión. En el supuesto de la distinción débil tal y como la formula L. Prieto, cuando el intérprete considera que una norma de derecho fundamental es un principio en relación con otras, su interpretación no puede obviar el núcleo de certeza de esa norma que, de este modo, se convierte en criterio de interpretación de las restantes. Tanto uno cuanto otro -no así el de A. Ollero- resultan, en mi opinión, compatibles con el modelo constitucional; en estos casos la opción no afecta, creo, al núcleo de certeza del concepto de derechos y se refiere más bien a la alternativa entre la única solución correcta o de la discrecionalidad judicial.

moderno desde el iusnaturalismo racionalista en adelante, y del planteamiento político del contractualismo, de la soberanía popular, será difícil arraigar una teoría de los derechos que tendrá que construirse de espaldas a la realidad histórica de la cultura jurídica y política en que estos nacieron" (pg. 106).

⁷⁶ Según BÖCKENFÖRDE, E.W., la interpretación 'tradicional' se apoyaba en "la literalidad, el significado de las palabras y el contexto normativo", elementos que en lo que a los derechos fundamentales se refiere resultan de poca ayuda. Según vimos, en opinión del autor debe existir una teoría constitucionalmente adecuada que sirva de base al intérprete de los derechos fundamentales, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", op. cit., pg. 45.

1.1. La distinción 'fuerte' entre principios y normas.

La teoría de los profesores M. Atienza y J. Ruiz Manero intenta situarse, en línea de principio, entre R. Dworkin y H. L. A. Hart. Por una parte, consideran que la crítica de Dworkin al positivismo obedece en buena medida a una defectuosa caracterización de esta teoría; por otra, los autores positivistas han descuidado el estudio de los principios, con lo que su capacidad de comprensión del fenómeno jurídico queda menguada⁷⁷.

Tanto el profesor Calsamiglia cuanto el propio Dworkin atribuyen a los positivistas tres tipos de estrategias ante la teoría de los principios propuesta por el segundo. En primer lugar se refieren a quienes afirman que las críticas obedecen a una incompreensión de la concepción positivista (es el caso de G. Carrió que analizábamos con anterioridad); otros las rechazan atribuyéndoles el calificativo de iusnaturalistas y unos terceros pasan por una reformulación de la regla de reconocimiento que permita identificar a los principios como parte del Derecho positivo. Pues bien, los profesores Atienza y Ruiz Manero parecen adherirse a la primera de las respuestas, sin embargo, en ocasiones encontramos datos en su obra que hacen pensar que optan por la tercera⁷⁸ y en otras ocasiones parecen, como el mismo Dworkin, integrar el Derecho en el razonamiento práctico general⁷⁹.

Ciertamente, resulta dudoso que esta forma de concebir el razonamiento jurídico pueda considerarse 'iusnaturalismo' –fundamentalmente, porque, del mismo

⁷⁷ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., "Sobre principios y reglas", *Doxa*, nº10, 1991, pp. 102-120, pg. 101, "Nosotros consideramos, por cierto, que en una buena medida el ataque de Dworkin yerra en el blanco, por la sencilla razón de que caracteriza mal la concepción de Hart y la del positivismo jurídico en general...Nos parece igualmente que quien sostiene una concepción del Derecho como la de Hart no tiene por qué verse abocado a negar que el Derecho está integrado, además de por reglas, por pautas del tipo que Dworkin llama principios (o, al menos, no tendría mayor inconveniente en afirmar que muchas de esas pautas sí que forman parte, de acuerdo con los criterios hartianos, del Derecho). Pero no podemos dejar de reconocer también que los principios del Derecho –lo que quiera que sean- han sido cuando menos postergados en el análisis llevado a cabo por Hart, a pesar de ser de una enorme importancia para entender la estructura el funcionamiento del Derecho".

⁷⁸ Ver *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., cap. V, "La regla de reconocimiento", pp. 143-165, pg. 162.

⁷⁹ Ver *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 y *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, pg. 177, especialmente interesa el tratamiento que da M. Atienza a los problemas de 'racionalidad material' y sus propuestas sobre los 'casos trágicos'.

modo que ocurre con el positivismo, no está claro qué caracteres debe reunir una teoría para considerarse iusnaturalista; sin embargo, sí supone rechazar la separación entre el Derecho y la Moral. La argumentación que lleva a estos autores a rechazar la posibilidad de comprender el fenómeno jurídico sin tener en cuenta su vinculación con la moral parte de la afirmación de que “la regla de reconocimiento es, ..., –como guía de conducta y como criterio de valoración-, la norma jurídicamente última; de ahí que la aceptación de la misma no pueda justificarse sobre la base de razón alguna proporcionada por el Derecho, sino únicamente sobre la base de razones autónomas- esto es, de razones que valgan por sus méritos intrínsecos- e imparciales, pues aceptar la regla de reconocimiento implica aceptar las pretensiones normativas del Derecho que, como es obvio, no se limitan sólo a sus aceptantes, sino que se extienden a todos aquellos que se encuentran bajo las condiciones de aplicación establecidas por las propias normas jurídicas. Y hablar de razones autónomas e imparciales es lo mismo que hablar de razones morales”⁸⁰.

El rechazo de los profesores Atienza y Ruiz Manero al postulado de la independencia entre Derecho y Moral y, con ello, al positivismo se pone de manifiesto especialmente cuando hablan de conflicto entre criterios formales y materiales de la Constitución en la zona de penumbra de la regla de reconocimiento; “en el caso español, creemos que la principal zona de penumbra se encuentra en que, al remitir a la Constitución, la regla de reconocimiento remite a una fuente que a la vez que reclama obligatoriedad para las prescripciones dictadas por autoridades que ella misma instituye, reclama asimismo obligatoriedad para todo un conjunto de valores y de principios que ella misma contiene. La posibilidad de conflictos entre los que podemos llamar el *principio de obediencia a las autoridades instituidas por la Constitución*- que puede verse como el principio más general del que derivan otros principios más concretos, como el de legalidad, el de vinculación de los tribunales ordinarios a la interpretación de la Constitución llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, etc., -y los principios sustantivos contenidos en la Constitución no puede, naturalmente, excluirse. Qué peso haya que dar, en cada caso, al principio (“formal”) de obediencia a las autoridades instituidas por la Constitución frente a los

⁸⁰ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 176.

principios constitucionales “sustantivos” es algo que, naturalmente la Constitución no resuelve. Y ello no sólo porque se trata de un conflicto entre principios –esto es, entre pautas jurídicas que, como antes recordábamos, no cierran sus condiciones de aplicación, sino que exigen ser cumplidas a no ser que, en el caso de que se trate, concurra(n) otro(s) principio(s) que tenga(n), en relación con dicho caso, un mayor peso-, sino también porque –del mismo modo que la identidad de la(s) fuente(s) última(s) de un sistema jurídico es asunto de aceptación y no de prescripción- los criterios *últimos* de interpretación de la Constitución no pueden ser más que criterios *aceptados*, no criterios *ordenados* por la Constitución”⁸¹. Así pues la validez deja de ser una cuestión relacionada con los hechos sociales desde el momento en que en estos autores la aceptación adquiere un sentido que la conecta con las razones morales a favor de los distintos criterios o de los distintos principios.

En la obra de M. Atienza y J. Ruiz Manero, se concede una gran importancia al análisis los principios y los valores para la comprensión de los enunciados normativos de derechos fundamentales. Un ‘permiso constitucional’ –categoría de la que forman parte las ‘libertades constitucionales’- supone, para estos autores, además de una prescripción ⁸², un juicio de valor⁸³ que aparece contenido en un principio de mandato.

Sobre el problema de los valores en el Derecho y, en concreto, en su relación con los derechos fundamentales nos detendremos en otro momento. En este lugar, intentaré ver qué puede significar desde la concepción de estos autores la caracterización de las ‘libertades constitucionales’ como principios de mandato⁸⁴

Los autores ensayan –fieles al método que se proponen seguir a lo largo de la

⁸¹ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pp. 162-163.

⁸² En este momento no me interesa la polémica sobre la existencia de normas permisiva. Ver *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pp.116-117

⁸³ Y puntualiza, “sólo viendo así las cosas puede explicarse el papel justificativo y la peculiar fuerza expansiva que las libertades constitucionales juegan en el discurso jurídico”, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 123.

⁸⁴ Es de notar que sus consideraciones sobre los derechos fundamentales se refieren sólo a un tipo de éstos, los contenidos en normas permisivas o, por utilizar su expresión, las “libertades constitucionales” que “vendrían a configurar una subclase de la clase de los derechos humanos o derechos básicos, los que se basan en el valor autonomía”, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 120

obra- la caracterización de los principios frente a las normas desde una triple perspectiva: la estructura, la función en el razonamiento jurídico y ‘en su conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad’⁸⁵. Es de notar que los principios en sentido estricto, además, se caracterizan por su contenido que expresa ‘los valores superiores de un ordenamiento jurídico’.

En el primero de los niveles de análisis –estructural-, la distinción entre principios y reglas pasa a su vez por la diferenciación entre reglas de acción y reglas de fin y por la distinción (semejante a la de Dworkin) entre los principios en sentido estricto y las directrices. Efectivamente, las reglas, lejos de constituir una categoría estructuralmente homogénea, pueden ser de acción o de fin según nos encontremos ante enunciados que califican ‘deónticamente’ una ‘determinada conducta’ o ‘la obtención de un cierto estado de cosas’ respectivamente⁸⁶. De forma correlativa, los principios tienen una estructura condicional similar a la de las reglas de acción, las directrices, por el contrario, tienen una estructura semejante a la de las reglas de fin.

Así, en cuanto a sus distinciones con las reglas, los principios ‘configuran el caso de forma abierta’, esto es, no aparecen determinadas las condiciones de aplicación. Sin embargo, y en función de lo dicho, esta afirmación tiene distinto alcance para uno y otro tipo de ‘principios’, de modo que sólo para las directrices resulta adecuada la teoría de Alexy de los principios como mandatos de optimización⁸⁷ por cuanto sólo en esta categoría se cumple que aparecen configuradas de forma abierta tanto las condiciones de aplicación cuanto el modelo de comportamiento descrito -frente a las reglas de fin, las condiciones de aplicación aparecen configuradas de forma abierta y el fin debe cumplirse ‘en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles’⁸⁸-. Para los principios en sentido estricto, el rasgo que los define como enunciados normativos que configuran el caso de forma abierta hace referencia únicamente a las condiciones

⁸⁵ Un cuadro comparativo de los distintos enunciados en la Teoría de M. Atienza y J. Ruiz Manero se encuentra en *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pp. 178-185

⁸⁶ ATIENZA, M., Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 7.

⁸⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 86.

⁸⁸ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, pg. 11

de aplicación y por tanto, al problema de la determinación de su aplicabilidad al supuesto concreto; sin embargo, una vez que ésta ha sido establecida, no cabe optimizar, porque lo que imponen es una acción que o se realiza o no se realiza⁸⁹.

Para la caracterización de los principios frente a las reglas como razones para la acción –esto es, en el aspecto funcional- resulta importante subrayar, con carácter previo, que los autores consideran que en el proceso a través del cual el Derecho guía la decisión de los ‘órganos de aplicación’, ‘existen dos niveles’; en un primer momento los operadores deben considerar las razones que el Derecho les impone tener en cuenta y en qué medida y sólo en segundo lugar –al que debe entenderse referida la idea de que las reglas configuran sus condiciones de aplicación de forma cerrada- aparece el criterio que va a permitir resolver⁹⁰; normalmente se tratará de una razón perentoria, una regla, y el caso será un caso fácil, pero no siempre es así puesto que en ocasiones “el principio de que “debe hacerse lo prescrito por las reglas jurídicas”...resulta desplazado, en el primer nivel, por un principio que, en relación con el caso, tenga un mayor peso”⁹¹

De esta forma, las reglas son razones independientes del contenido y perentorias. Por una parte, los principios explícitos son razones independientes del contenido pero no perentorias, entran a formar parte del razonamiento de los órganos del sistema o de los destinatarios por su origen en una determinada fuente, pero “no

⁸⁹ Con ello, los autores también introducen precisiones a la tesis de R.Dworkin de las reglas como mandatos de todo o nada.

⁹⁰ Estas precisiones las introducen los autores en la respuesta a los críticos y resultan, en mi opinión, de una importancia fundamental para comprender los respectivos papeles de reglas y principios en el razonamiento jurídico. Los autores toman como síntesis de las críticas que se les dirigen las teorías de PRIETO, L., ver por todas *Sobre principios y reglas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., y PECZENIK, A., “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa*, nº12, pp. 327-331, que resumen en dos puntos “a) nuestra defensa del entendimiento de las reglas jurídicas de mandato como razones perentorias y nuestra consideración de que tales reglas se diferencian de los principios en sentido estricto en que aquellas configuran el caso de forma “cerrada” mientras que éstos lo hacen de forma “abierta”; b) nuestra concepción de los principios en sentido estricto como normas que exigen un cumplimiento pleno, esto es, que no admiten modalidades graduables de cumplimiento”, “Objeciones de principio, respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís”, *Doxa*, nº12, 1992, pp. 333-352, pg. 333. Una segunda versión en *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit, pp. 26-44. Tendremos ocasión de comprobar que el desacuerdo que está en la base de las críticas de L Prieto afecta a la idea de que pueda existir una distinción ‘fuerte’ entre normas y principios. Ver PRIETO, L., “Duplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, *Doxa*, nº13, 1993, pp. 315-324.

⁹¹ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 34..

están destinados a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido- ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional”⁹².

Por último, los principios implícitos son razones no perentorias ni independientes de su contenido. En este caso, los principios entran a formar parte del razonamiento por ‘una cierta cualidad de su contenido’, y, en este momento, aparece una divergencia con la teoría de R. Dworkin, pues la cualidad a que los autores se refieren no es su carácter moral, “sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes”. Ahora bien, la divergencia no es tan grande cuando, por un lado, la identificación que propone Dworkin de los principios no es sólo moral: deben estar presentes en la teoría del derecho mejor fundada capaz de explicar el funcionamiento de las instituciones⁹³. Y, por otro, la adecuación y la coherencia con las reglas y principios basados en fuentes no siempre –casi nunca- van a ser ‘lógicas’; o de otra forma, la configuración de la regla de reconocimiento lleva a la integración del razonamiento jurídico como parte del razonamiento práctico y, por ello mismo, los Tribunales pueden utilizar razones morales para explicitar un determinado principio implícito. Además, estos autores afirman, “el requisito de “coherencia” con el material normativo, como es sabido, puede en muchas ocasiones ser satisfecho tanto por el principio X como por otros principios. En este sentido, el

⁹² *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 13.

⁹³ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 13.; en la interpretación de LYONS, D., la equidad contribuye a crear un fallo ante un caso difícil sin incurrir por ello en retroactividad; sin embargo, si la aplicación de los criterios de solución se justifica por la ‘bondad’ de estos criterios, ya no atiende a criterios jurídicos y si, por el contrario, se justifica porque son los mismos que se utilizaron con anterioridad, no se trata de una justificación ‘moral’, *Ética y Derecho*, trad. M. Sierra, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 104-108, pg. 108, “estas alternativas reflejan el hecho de que la teoría de los casos difíciles tiene dos tendencias opuestas. Si recalamos la necesidad de justificar las decisiones, nos veremos limitados por la falibilidad moral de las leyes. Si subrayamos la importancia de las decisiones institucionales cualquiera que sea su mérito, nos resultará difícil justificar los fallos basados en ellas, y sólo dispondremos para eso de una “justificación” vacía de contenido. La moraleja parece ser la siguiente; si los casos difíciles pueden decidirse basándose en las leyes existentes, en general estas decisiones reflejarán los méritos y deméritos de tales leyes. Por consiguiente, la teoría de los casos difíciles no logrará reflejar una relación significativa entre la moral y el derecho. Los principios morales pueden ayudar a configurar algunas leyes, pero no con mayor efectividad que otros criterios”

problema de la identificación de principios jurídicos implícitos viene a coincidir con el problema general de la interpretación jurídica”⁹⁴, problema ante el que el razonamiento judicial enlaza con el razonamiento ético.

En el aspecto funcional de la distinción cobra también relevancia el sentido de las directrices. Los autores consideran que tanto las reglas cuanto los principios en sentido estricto ya sean explícitos ya implícitos operan como razones últimas; las directrices, sin embargo, operan como razones utilitarias.

Por último, en cuanto a su conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad, se puede decir que mediante las reglas de acción, los Ordenamientos imponen restricciones al comportamiento de los destinatarios que posibilitan la convivencia de éstos, “tales reglas, consiguen evitar la necesidad de ponderación en cada ocasión imponiendo restricciones recíprocas a la persecución por cada cual de sus propios intereses (las reglas que imponen deberes positivos o negativos) y garantizando, en la persecución por parte de cada uno de sus propios intereses, una esfera de no interferencia por parte de otros sujetos sociales (las reglas permisivas, que imponen indirectamente prohibiciones de interferencia a terceros)”⁹⁵.

Las reglas de fin y las directrices sirven para promover activamente objetivos, “no eliminan *ex ante* la articulación de los intereses en conflicto...sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en una determinación del peso relativo de cada uno de ellos”⁹⁶; se entiende que, en este ámbito, no existe diferencia entre uno y otro tipo de enunciado normativo. Según hemos visto, la distinción debe quedar referida al ámbito estructural –en el que parece que las directrices ‘configuran de forma abierta’ tanto las condiciones de aplicación cuanto el comportamiento prescrito y las reglas de fin sólo el comportamiento prescrito- y al ámbito de su función en el razonamiento judicial – en el que las reglas de fin serían razones últimas ‘en cuanto al fin’ y las directrices aparecen en todo caso como razones utilitarias. Aunque, en este caso, parece que existen reglas –las reglas de fin- cuya estructura es similar a la de ciertos principios –las directrices-

⁹⁴ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 14.

⁹⁵ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 17.

⁹⁶ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 17.

De mayor relevancia para nuestro objeto –los derechos fundamentales– resulta la caracterización de los principios en este nivel. Los principios en sentido estricto, contienen los valores más importantes de un Ordenamiento; los derechos fundamentales son principios en este sentido. Los valores constituyen razones que prevalecen frente a cualesquiera intereses por lo que imponen restricciones a la persecución de éstos por parte de los diversos sujetos sociales⁹⁷.

Dworkin señala que los principios tienen, frente a las reglas, una dimensión de mayor peso o importancia. En la concepción de los profesores Atienza y Ruiz Manero, los principios son ‘menos que las reglas’ porque “no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción” y porque no contienen directamente la solución a los supuestos planteados, son únicamente razones para decidir en determinado sentido. Sin embargo, los propios autores admiten que la aplicabilidad de las reglas debe determinarse a la luz del sistema de principios, esto es, son los principios los que determinan si el caso es fácil o difícil por lo que “la *obediencia* a razones perentorias...exige la previa *deliberación* y sólo tiene lugar en el territorio acotado por ésta”, por lo que no es claro que desde su concepción del razonamiento jurídico los principios sean ‘menos’ que las reglas en este sentido.

Para estos autores, los principios son más que las reglas porque ‘entran en juego en un mayor número de situaciones’ y “la menor fuerza ... en cuanto premisas del razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva”, suministran razones en un mayor número de casos.

Pero es que, además, y es algo que en mi opinión no aparece suficientemente subrayado, en la obra de M. Atienza y J. Ruiz Manero, los principios son más importantes que las reglas por cuanto contienen los valores más importantes del Ordenamiento, y es precisamente esa vinculación con la moral la que justifica su fuerza expansiva

Pues bien, de lo expuesto hasta ahora sobre la teoría de los principios de M. Atienza y J. Ruiz Manero, me interesa resaltar: a) que las normas que contienen derechos aparecen, en su concepción, como principios; b) que su descripción del funcionamiento del Derecho aboca a su integración en el razonamiento práctico

⁹⁷ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 18

general y exige de unos planteamientos éticos cognoscitivistas y objetivistas⁹⁸ y c) que su Teoría del Derecho deja de ser positivista si mantenemos como rasgo definitorio de esta doctrina la independencia del Derecho y la Moral.

En el esquema de este modelo de distinción, si se afirma que las normas que contienen derechos son principios, se da pie a una concepción de la función judicial en relación con estas mismas normas que no sería de recibo si se entendiera que la norma en cuestión es una regla.

1.2. La distinción ‘débil’ entre principios y normas.

En la teoría de los derechos fundamentales del profesor Prieto –sobre la que tendremos ocasión de detenernos con posterioridad-, los derechos fundamentales en tanto Derecho objetivo se caracterizan por ser normas constitucionales. Y son normas constitucionales que desempeñan una función subjetiva –con los matices que tendremos ocasión de introducir, deben verse como derechos subjetivos- y una función objetiva para la que los estándares que los contienen aparecen como ‘principios’.

Algunos autores –cita el profesor Prieto a R. Alexy a R. Dworkin y, en nuestra cultura jurídica a M. Atienza y J. Ruiz Manero- han utilizado la teoría de los principios para atacar la tesis básica del positivismo jurídico de la separación entre Derecho y moral. El profesor Prieto considera acertada la idea de estos autores de que “la posición de un sujeto llamado a dirimir un conflicto entre principios morales no es muy distinta a la del juez llamado a dirimir ese mismo conflicto entre principios jurídicos; tan sólo cabría decir que la argumentación del juez se muestra más formalizada y padece algunas restricciones institucionales pero no que es

⁹⁸ Aunque sea ‘mínima y moderadamente’, a decir de los autores su concepción de la ética se sitúa “equidistante tanto con respecto al relativismo como al absolutismo moral. Frente al relativismo, lo que nosotros sostenemos es que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y que dilucidar si son correctos o no es asunto de controversia racional. Y frente al absolutismo, que los juicios morales –como los de los tribunales de última instancia- enuncian razones últimas pero, naturalmente, no razones infalibles: cualquier juicio moral (como, por lo demás, cualquier otro juicio) está siempre abierto al escrutinio y a la crítica racionales)”, “Presentación” a *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*,”, op. cit., pg. XII.

sustancialmente distinta”⁹⁹. Sin embargo, el autor no considera que ello suponga una contradicción con el positivismo desde el momento en que “lo que este enfoque no pone en duda son tres puntos fundamentales de la concepción positivista: 1) que los principios forman parte del sistema en virtud de los mismos criterios que rigen para las demás normas y que, en último caso, representarían una práctica social efectiva y verificable; captamos que un principio forma parte de nuestro Derecho de la misma manera que lo hacemos respecto de cualquier otra norma jurídica. 2) Que los principios, si bien hemos dicho que son morales, paradójicamente pueden resultar inmorales. Me explico: existe una moral positiva o social que encarna en los principios, pero existe otra moral crítica o racional, todo lo discutible que se quiera, pero distinta a la anterior; los principios suelen responder siempre a la moral positiva, pero no necesariamente a la moral crítica. 3) Que un principio, por el hecho de que lo consideremos justo, por el hecho de que se integre en esa moral crítica, no es ya un principio jurídico”¹⁰⁰

El profesor Prieto no considera tan relevante para el positivismo jurídico la teoría de los principios que sí ha servido, no obstante, para “iluminar determinados aspectos del sistema a los que no se les habría prestado la atención merecida y, en particular, dos: la heterogeneidad estructural de cuanto suele esconderse bajo el nombre de norma y también las variadas técnicas de argumentación que se desarrollan en el razonamiento jurídico”¹⁰¹, por eso el autor se interesa por subrayar qué aspectos de la distinción entre reglas y principios inciden en rasgos estructurales y cuáles otros se refieren a una distinta función de ambos tipos de estándares en el razonamiento jurídico.

L. Prieto adopta como punto de partida la ausencia de un ‘concepto unívoco’ de principios al que pueda reconducirse la multiplicidad de usos de los juristas. Así, los dos rasgos, generalidad y fundamentalidad, que suelen citarse como distintivos de los principios son –del mismo modo que para R. Guastini- ‘nociones graduales’¹⁰². A su

⁹⁹ PRIETO, L., *Lecciones de Teoría del Derecho*, J. Betegón y otros, MacGraW Hill, Madrid, 1997, pg. 357.

¹⁰⁰ *Lecciones de Teoría del Derecho*, op. cit., pg. 358.

¹⁰¹ *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico.*, op. cit., pg. 52.

¹⁰² Del mismo modo ocurre con otras características que se atribuyen a los principios, “como aquella

entender, la construcción de la categoría es tarea de la Teoría del Derecho y no de la dogmática ni de la práctica jurídica, por lo que vamos a estar fundamentalmente ante definiciones estipulativas y el concepto de principios será un concepto 'teórico'. El problema, a juicio del autor es "que no hay una sola definición teórica o estipulativa, sino varias, y que cada una de ellas puede desempeñar una distinta función explicativa del lenguaje dogmático"¹⁰³.

De este modo, L. Prieto critica algunas de las tesis más importantes de la 'distinción fuerte'¹⁰⁴ a partir de la teoría de Dworkin de las reglas como mandatos de "todo o nada" y los principios como estándares más importantes que las reglas, y de la de R. Alexy de los principios como mandatos de optimización. El autor español parece establecer una distinción entre aquellos autores que proponen una distinción fuerte estructural –sería el caso de R. Dworkin–; aquellos para quienes la mencionada distinción es más bien funcional –cita a R. Alexy– y afirma que M. Atienza y J. Ruiz Manero superponen a la diferencia estructural –los principios como normas cuya condición de aplicación es abierta– una diferencia funcional –los principios como razones no perentorias–.

Así pues, en el plano estructural, según L. Prieto, no es cierto que los principios no puedan ofrecer por sí solos solución al supuesto planteado ni que las reglas actúen a la manera del todo o nada en ninguna de las dos formas que puede entenderse esta afirmación (esto, es, en el momento previo o en el momento posterior a la interpretación).

En primer lugar, podemos pensar que a lo que se refiere Dworkin es a que las reglas solucionan directamente el caso planteado, mientras no es así para los

que ve en los principios unas peculiares normas que pueden ser cumplidas en parte o hasta cierto punto (mandatos de optimización); pues, si esto ocurre, es porque existe un conflicto entre normas, de manera que, en lugar de excluirse alguna de ellas, se considera posible conjugarlas en la mayor medida posible", *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pg. 25. En este punto el autor contradice la tesis bien conocida de ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 86 contra la que también se manifiestan ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., entre otros lugares en *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pp. 9 y 10.

¹⁰³ *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit.

¹⁰⁴ Para el autor la distinción fuerte elabora la distinción entre reglas y principios sobre la base de dos datos: el carácter disyuntivo de las reglas frente a los principios como razones no perentorias para decidir por las especiales características de sus condiciones de aplicación y la distinta forma de solucionar los conflictos de reglas frente a los conflictos de principios.

principios. Sin embargo, la aplicación de una regla exige de la interpretación y ésta deberá hacerse teniendo en cuenta los restantes elementos del Ordenamiento, por lo que tampoco es cierto que las reglas actúen a la manera del ‘todo o nada’ en este sentido. Si la proposición de Dworkin hay que entenderla referida a las reglas una vez interpretadas, tampoco estamos ante un rasgo característico de este tipo de normas, puesto que en el famoso ejemplo del autor (*Riggs vs. Palmer*) es un principio el que determina la solución.

En segundo término, si la caracterización de las reglas como mandatos de ‘todo o nada’ constituye una descripción del ámbito de aplicación, se debe entender que es posible conocer con carácter previo a qué supuestos es aplicable una regla, mientras no ocurre lo mismo en relación con los principios. En este caso, la propuesta de Dworkin coincide –según L. Prieto– en lo sustancial con la de los profesores españoles M. Atienza y J. Ruiz Manero. Para L. Prieto, “muchas veces en el razonamiento jurídico las reglas aparecen como criterios hermenéuticos y no como reglas específicas y exhaustivamente comprensivas del caso examinado, exigen también con frecuencia conjugarse con otros estándares jurídicos (principios o normas), lo que matiza o altera su alcance y el propio ámbito de aplicación y, en fin, “ofrecen siempre una textura abierta o vaguedad potencial en su significado de modo que no enuncian de un modo completo y absoluto un catálogo de posibles excepciones a su aplicación”¹⁰⁵.

De modo, que la diferencia entre reglas y principios es una cuestión de grado y sólo puede determinarse poniendo en relación unos estándares con otros. Así, cuando se caracteriza una norma como principio lo es frente a una regla y la caracterización

¹⁰⁵ PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., y “Teoría del Derecho y Filosofía Política en R. Dworkin, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 14, 1985. El autor señala la paradoja que supone que sea “la existencia de principios” la que explique “en buena medida por qué la imagen del “todo o nada” no se adecúa ni a las reglas ni a los principios”, pg. 38. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., en distintas ocasiones –ver por todas *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 9– han respondido al autor poniendo de manifiesto que su afirmación de que el ámbito de aplicación de los principios es abierto supone que, por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución Española como principios secundario puede leerse “Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual, etc.) y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

se debe a que las condiciones de aplicación del 'principio' son más abiertas que las de la regla o –y en esto L. Prieto se opone a M. Atienza y R. Manero- porque la conducta 'ordenada o prohibida' tiene una carácter abierto frente a la descripción de esa misma conducta en términos 'más cerrados' en la regla.

En cuanto a la dimensión de 'peso o importancia' –y con ello ya estamos prestando atención a cómo funcionan en el razonamiento judicial- que Dworkin atribuye a los principios y de la que hace derivar la no invalidación de ningún principio en caso de conflicto, afirma Prieto que si no se considerase que en ocasiones es posible 'una antinomia total' entre dos principios, de manera que ambos no puedan coexistir en el mismo ordenamiento...equivaldría a excluir un control lógico del sistema, dejando en total indeterminación los modos de que se vale la argumentación jurídica para conjugar principios en conflicto y para elaborar los metacriterios de construcción del sistema"¹⁰⁶. Por otra parte, no todo conflicto de reglas se resuelve con la declaración de invalidez de una de ellas.

Tampoco es válida la caracterización de los principios como mandatos de optimización que propone Alexy, y el ejemplo es precisamente el conflicto entre derechos fundamentales, "si aceptamos que los derechos fundamentales son reglas, resulta que su protección depende también de lo que Alexy llama las posibilidades jurídicas, pues existen otros derechos y principios que juegan en sentido contrario y que, en opinión del Tribunal Constitucional, han de conjugarse para obtener la mayor medida posible del cumplimiento de ambos; es decir, los derechos no exigen una determinada medida de cumplimiento, sino la más alta que resulte viable a la luz de otros derechos" y siempre el respeto al contenido esencial¹⁰⁷. En opinión del autor, la idea de mandato de optimización no sirve, pues, para caracterizar los principios frente a las reglas -ni, como proponen M. Atienza y J. Ruiz Manero, los principios en sentido estricto de las directrices- se trata más bien, de una técnica de argumentación común a cualquier tipo de estándar.

¹⁰⁶ PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pg. 41.

¹⁰⁷ PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pg. 47 y *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit. pg. 148. El problema es que en la obra de R. Alexy el modelo de derechos fundamentales es mixto de principios y de normas.

Por tanto, en opinión del profesor Prieto la diferencia es más bien de enfoque. Por esta razón en ocasiones los principios se conciben como una técnica de interpretación. Concebir los principios como técnica de interpretación supone encontrar otro modelo de la distinción entre estos y las reglas según el cual no estamos ante ‘distintas estructuras normativas’, en el Derecho hay normas que pueden ser interpretadas a través de distintas técnicas, una de las cuales es la de los principios (en el caso de los derechos, además, se proponen la de los valores o la de las instituciones, como tendremos ocasión de comprobar) –cita a L. Gianformaggio-; antes de que la interpretación tenga lugar no tiene sentido la distinción entre reglas y principios; cuando se usa una determinada técnica interpretativa, se justifica hablar de principios y no de reglas. L. Prieto rechaza esta forma de leer la distinción que estamos analizando; en este caso, le parece al autor “cuando menos discutible y sorprendente desde el punto de vista del lenguaje de los juristas afirmar que antes de la interpretación no existe propiamente diferencia alguna entre reglas y principios. Al contrario, cuando los juristas hablan de principios, de los principios generales del Derecho o de los principios constitucionales, parece que –con toda la nebulosa que se quiera- pretenden aludir a un género peculiar de normas, que son distintas –aunque no distintas “lógicamente”- de las demás normas a las que llamamos reglas”¹⁰⁸.

Así pues, los principios y las reglas son distintos, pero “constituyen especies de un mismo género” –esta parece la expresión con la que el profesor Prieto se refiere al ‘parecido de familia’ del que habla A. Aarnio-. Una norma será un principio cuando “siquiera idealmente tenemos presente otra norma o grupo de normas respecto de las

¹⁰⁸ PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pg. 54. No obstante, conviene recordar que el autor señala que sólo existe una diferencia estructural entre directrices y reglas, pues, en relación con los principios en sentido estricto, se puede decir que estamos ante “normas situadas en el extremo de la penumbra”, “Diez argumentos sobre los principios”, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47-68, pg. 60. Y precisamente, las directrices se contraponen por definición a la idea de los derechos (señala el autor “esta forma de entender los principios resulta algo sorprendente y paradójica frente a la anterior, pues supone que, a la postre, los principios volverían a ser, como antaño, las normas «menos» obligatorias, dado que toleran una diversidad de conductas, y también las más inaccesibles para el juez. Dicho trivialmente, los principios marcarían las fronteras (o una de las fronteras) de la inmunidad de la política frente al Derecho, lo cual es casi contraintuitivo en una cultura jurídica que tiende a ver en los principios las mejores defensas y argumentos en favor de los derechos frente al poder” -pg. 60-), con lo que, en lo que nos interesa, parece que el resultado de esta argumentación es que en definitiva L. Prieto viene a considerar los principios como ‘estrategias de interpretación’.

cuales aquélla se presenta como fundamental, general, etc”¹⁰⁹

Si aplicamos su teoría de los principios a los derechos fundamentales, resulta que nos encontramos ante principios explícitos constitucionales. Y sólo desde esta consideración de las normas que contienen derechos fundamentales se puede justificar, en el planteamiento del autor, hablar de función objetiva de los derechos. Tendremos ocasión de detenernos en esta idea con posterioridad, pero de momento, podemos decir que los derechos como principios ‘resultan siempre aplicables’ y esta puede ser la forma de leer el ‘efecto irradiación’. Desde la teoría de los principios del profesor Prieto, significa que los derechos fundamentales son siempre aplicables para imponer ‘límites’ a la actividad de los poderes constituidos, para ‘orientar’ esta misma actividad y para ‘interpretar’ el sentido de las restantes normas del Ordenamiento.

De lo expuesto, me interesa resaltar, a propósito de la teoría de este autor: a) que no existen rasgos estructurales que permitan distinguir claramente cuándo nos encontramos ante reglas y cuando ante principios; b) que las normas que contienen derechos aparecen como reglas cuando se integran en la argumentación como garantía de posiciones subjetivas y como principios cuando interesan en su función objetiva que es siempre que la argumentación jurídica tiene lugar (con lo que no queda claro en L. Prieto que la diferencia no sea funcional y, por tanto, los principios se configuren como estrategias de interpretación); c) que la existencia de principios no afecta a los planteamientos positivistas por cuanto la relación de esta categoría normativa con la moral no es necesaria.

1.3. Los principios constitucionales y el iusnaturalismo no racionalista.

A. Ollero, considera que la introducción en la Constitución de principios, supone dejar de lado el positivismo legalista. En otra ocasión tuve oportunidad de detenerme en sus argumentos sobre la incompatibilidad del positivismo jurídico y los derechos fundamentales, a pesar de ello, merece la pena prestar atención al modo en

¹⁰⁹ Ver *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pg. 63.

que este autor describe el Derecho como un modelo de principios.

En su opinión, el positivismo jurídico deja de ser válido como teoría jurídica dominante desde el momento en el sistema de fuentes queda modificado con la Constitución de 1978. Sin embargo, no se trata de un cambio puntual; este desbancamiento del positivismo legalista se venía preparando con anterioridad, en parte por influencia de la doctrina alemana (Larenz y Esser).

El profesor Ollero describe el proceso en tres etapas¹¹⁰. En un primer momento, dice, la teoría es fundamentalmente positivista -su afirmación resulta sorprendente, de modo especial, si pensamos en la teoría de los 'derechos humanos'¹¹¹- . En esta primera etapa, entiende que sólo es Derecho el Derecho positivo; y 'positividad' equivale a 'legalidad' desde el momento en que la referencia a la costumbre es mínima y los principios generales desempeñan una función de cierre. En coherencia, se niega a la jurisprudencia carácter de fuente del Derecho y la función del juez se limita a una mera 'subsunción mecánica' que exige una vinculación ideológica al régimen¹¹². Con la reforma del Código Civil de 1974¹¹³, aunque tímidamente, la jurisprudencia asume una función de 'complemento' de la Ley. Y, definitivamente, con la Constitución, la situación varía, básicamente, a partir de la distinción Derecho-ley que, entiende, ésta reconoce. Para conocer el Derecho no basta con leer los textos, es preciso "comprender *valorativamente* una situación, desde dentro, madurando reflexivamente los principios de decisión que suscita"¹¹⁴.

A partir de 1978, "no hay duda de que los jueces están reestructurando continuamente el "ordenamiento jurídico' en que las leyes encuentran su sentido"¹¹⁵. El instrumento que permite a la judicatura cumplir con esta función son *principios*

¹¹⁰ *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 162-188.

¹¹¹ Ver GARCÍA MANRIQUE, R., *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, op. cit.. De cualquier forma, es de notar que en el primer curso de la Licenciatura de Derecho se impartía una asignatura denominada *Derecho Natural*. En mi opinión, el autor está atribuyendo a la dogmática 'franquista' una serie de caracteres que sólo para la teoría jurídica alemana pueden ser válidos.

¹¹² Como señalaba en la nota anterior, esta vinculación ideológica hace que la 'doctrina oficial' se presente como 'de Derecho Natural'.

¹¹³ Ver *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, pg. 173.

¹¹⁴ *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, pg. 201

¹¹⁵ *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, pg. 179.

jurídicos que consisten, por tanto, en “criterios valorativos que estimulan el proceso de interpretación en el que se engendra la decisión jurídica”¹¹⁶.

La conceptualización de los principios del profesor Ollero es, pues, funcional. Son aquellos elementos del Derecho que permiten al juez ‘engendrar la decisión jurídica’. Frente a la idea que manejaban los autores que hemos estudiado con anterioridad, los principios en A. Ollero, no revisten un carácter de generalidad, se trata de ‘puntos de vista valorativos que emergen en el caso concreto’¹¹⁷. A través del recurso a los principios, A. Ollero pretende construir una ‘teoría jurídica material desde la que “la *actividad jurídica* aparecerá ante todo como un juicio; como el *enjuiciamiento* de una *conducta* concreta a la luz de unos *principios valorativos*”¹¹⁸.

En efecto, la teoría que este autor propone como la más adecuada para comprender el Derecho desde la Constitución, huye tanto del positivismo cuanto del ‘iusnaturalismo racionalista de la Modernidad’¹¹⁹. Y, por esta razón, se aleja del modelo compatible con una Constitución que reconoce los derechos fundamentales. En otro lugar, ya me referí a la vinculación de los derechos y la Ilustración; si se rechaza la Modernidad se rechazan también los derechos o, cuando menos, estamos hablando de otra cosa.

Además de rechazar la Modernidad y el individualismo, el profesor Ollero rechaza la idea de ‘sistema’ que se convierte en criterio guía para el concepto usual de Derecho¹²⁰. Por esta razón, de los tres modelos señalados sólo los dos primeros

¹¹⁶ *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, pg. 174

¹¹⁷ *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, pg. 199

¹¹⁸ OLLERO, A., *¿Tiene razón el Derecho?*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pg.474.

¹¹⁹ El autor describe la polémica suscitada en torno a los principios a partir, fundamentalmente, de la obra de Dworkin extrañándose de lo que, en su opinión, constituye una inversión de los términos de la discusión que lleva a que “sean ahora los críticos del positivismo los que afirmen que no hay verdadera creación judicial del derecho” (pg. 467), mientras el positivismo acepta la existencia de un margen de discrecionalidad en que el juez es creador. El profesor Ollero se muestra a favor de acudir a elementos *transpositivos* para encontrar la respuesta del Derecho, sin embargo, todos los casos son “dudosos” en función de la ‘contingencia de problemas sociales concretos’ (pg. 463) y rechaza ‘el individualismo latente’ en la teoría de Dworkin, así como ‘el sesgo permisivista que irá imponiéndole’ (pg. 469), OLLERO, A., *¿Tiene razón el Derecho?*, op. cit., pp. 457—503, “La actividad jurídica como filosofía práctica”.

¹²⁰ En toda actividad jurídica existe una *primacía de la justicia* (pg. 478), que supone la *interpretación* se convierta en una actividad *axiológica* más que lógica que se realiza desde ‘las circunstancias del caso’.

pueden servir para construir una teoría de los derechos adecuada para dar cuenta del modelo constitucional.

De los aspectos de la teoría de este autor expuestos hasta el momento, me interesa resaltar: a) que los principios constituyen estándares de distinta naturaleza que las reglas y superiores a ellas, por cuanto constituyen los criterios de justicia del caso concreto a los que debe subordinarse la resolución de cualquier supuesto; b) que los derechos fundamentales, por cuanto también contienen estos criterios de justicia, deben entenderse como principios de este tipo; y c) que la positivación de principios en la Constitución de 1978 debe suponer la quiebra con el positivismo legalista y con la tradición Moderna de la que este positivismo forma parte¹²¹.

El sistema legal pasa a ser el de instrumento de 'seguridad', pero el derecho va más allá del sistema de leyes, de modo que entre *sistema* y *derecho* existe una contraposición paralela a la que surge entre *seguridad* y *justicia* (pg. 491). En este punto, la teoría de OLLERO, A., coincide con la de ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, op. cit., pg. 88. Para las críticas al modelo de iusnaturalismo que representa A. Ollero en sus relaciones con los derechos, ver PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, pp. 46-48

¹²¹ El mismo concepto de A. Ollero lo encontramos en GORDILLO, A., *Ley, principios generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, quien distingue dos tipos de principios, los "obtenidos técnicamente de la Ley y derivados de ella, Principios post-legales" y "los Principios pre-legales, previos y superiores en entidad a la Ley ordinaria, fundamentadores de ésta e informadores de su contenido. Serían los Principios consagrados más o menos explícitamente en la Constitución y derivados de los valores en que ésta asienta su consistencia". Como en A. Ollero, estos principios 'pre-legales' "encuentra su origen...en la percepción social de la realidad natural". En este tipo de teorías, se produce un juego entre valores objetivos, Constitución y percepción social del que surgen los principios. Se trata de un juego que prolonga el concepto de Derecho del iusnaturalismo tomista que lleva a afirmar a estos autores que "con la Constitución...ha surgido una nueva consideración de los principios: no abstractos *a posteriori* de los contenidos de la Ley, ni meramente informadores *en presente*, sino con un carácter claramente *prelegal*" (pg. 63). Y continúa GORDILLO, A. "todo concurre, a la altura del constitucionalismo actual, para que así sea. La Constitución trata ahora de expresar el más amplio consenso social sobre los valores y principios fundamentales de la convivencia; tiene, por tanto, que asentar sus raíces en el mismo *humus* que anima las convicciones sociales. Por otra parte, la Constitución se formula con decidida vocación de eficaz animación del Ordenamiento. Como norma positiva de Derecho, alcanza a concretar sus contenidos en su parte dogmática recoge las convicciones sociales básicas; por su singular superioridad y eficacia normativa marca las pautas necesarias a las que habrá de amoldarse el poder legislativo y, en general, todos los poderes del Estado. Los principios, que...planean por encima del Ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos, se encarnan ahora y concretan en la Constitución y en ella obtienen el medio técnico y eficaz de su función informadora. Cualquiera ve que, desde este punto de vista, la Constitución juega hoy como el subrogado positivamente tecnificado del Derecho Natural" (pg. 64). Por otra parte, el autor justifica la necesidad de utilizar la mediación de la Constitución pese a que "es innegable la evidencia de que el Derecho Natural puede resultar cierto e inmutable en sus más altos principios, pero que inevitablemente comienza a hacerse problemático e histórico en la determinación de sus derivaciones y conclusiones. Y es en este terreno más próximo a la experiencia problemática donde el Ordenamiento tiene que determinar las concretas exigencias del *justum*. A ese nivel, incluso para la visión creyente, el Derecho Natural carece de instancia definitoria específica. Es cierto que, de acuerdo con la expresión paulina, Dios escribió la Ley Natural en el corazón de los hombres (Rom. 2, 15); pero también lo es que, en expresión igualmente de San Pablo, aquí vemos sólo confusamente, como en espejo de adivinar (*in speculo et*

1.4. El problema de los valores y su relación con los principios y las reglas.

Es difícil encontrar una descripción satisfactoria capaz de englobar los múltiples usos del término 'valor' en la cultura jurídica española. Frecuentemente cuando se habla de valor asociado al Derecho se está haciendo referencia a un contenido más que a una categoría normativa; sin embargo, abundan los intentos de deslindar este concepto de los de 'principios' y 'reglas'. Es común tanto en los autores como en la jurisprudencia asociar la función objetiva de los derechos fundamentales a la idea de orden de valor; y ello pese a la ausencia de claridad en cuanto al significado, que se traduce en la heterogeneidad de las consecuencias que se derivan de aquella asociación. El estudio de ésta puede abordarse desde dos perspectivas metodológicas que en este caso resultan inseparables; el análisis de los usos de 'valor' en el Derecho y la contextualización del recurso a la idea de 'orden de valores' en relación con los derechos. En primer lugar, adoptaremos la perspectiva de los usos del término –al hilo de la cual haré referencia a algunas aportaciones sobre el sentido general de los valores en el Derecho y a algunas otras en las que valor se usa para hacer referencia a una categoría del Derecho español- para en un segundo momento detenernos en el contexto.

Desde una aproximación de carácter general M. Atienza y J. Ruiz Manero, subrayan la frecuente presencia de enunciados valorativos en el Derecho, en su opinión, este tipo de enunciados son más frecuentes en el lenguaje del juez y de la

aenigmaté: I Cor. 13,12). El Derecho Natural implica, en razón de su propio concepto, fundamentación entitativamente objetiva (objetividad *quoad se*), pero -carente de formulación unívoca y definitoria- está necesitado de mediación cognoscitiva y socialmente declaratoria *quoad nos*: es aquí, en esta mediación social que en la Constitución encuentra su más importante reflejo, donde las convicciones sociales juegan su papel declaratorio de Derecho Natural y donde esta declaración se produce en forma de Principios Generales del Derecho", pg. 66. Esta versión de los principios constituye una pervivencia del esquema de aproximación al concepto de Derecho que era predominante en nuestra cultura jurídica antes del proceso que da lugar a la Constitución. Sobre el alejamiento de este modelo con el que lo sustituye a partir de 1978, ver el "Prólogo" de PECES-BARBA, G., a OLLERO, A., *¿Tiene razón el Derecho?*, op. cit., pp. 13-17. En opinión del profesor G. Peces-Barba supone una concepción no-positivista, no-sistemática, que incide en la importancia de la 'precomprensión hermenéutica', con referencia a 'la verdad', metafísica y premoderna.

doctrina que en el del legislador¹²². En la misma línea, J. Wroblewski¹²³ distingue dos puntos de vista desde los que se puede abordar la presencia de enunciados valorativos en el Derecho; el punto de vista filosófico y el del lenguaje. Desde el segundo, es posible establecer diferencias entre este tipo de enunciados y las ‘proposiciones’, diferencias que no siempre se aceptan en la perspectiva filosófica.

En ésta, aprecia el autor dos posiciones extremas, el cognitivismo y objetivismo axiológico y el no-cognitivismo y subjetivismo axiológico o sociologismo. Desde la primera posición no se admiten diferencias semióticas entre enunciados axiológicos y de otro tipo, la diferencia se refiere más bien al ‘tipo de existencia’ o al ‘tipo de conocimiento’. Para el no-cognitivismo y subjetivismo los valores sólo pueden conocerse en cuanto resultado de procesos de valoración, pero no existen con independencia del objeto valorado. Frente a los cognitivistas, quienes parten del no-cognitivismo, del subjetivismo o del sociologismo, asumen una diferencia semiótica entre este tipo de enunciados y las ‘proposiciones’ que puede resumirse diciendo que de los valores no puede predicarse la verdad o falsedad; desde el punto de vista semántico supone que los valores tienen un significado emotivo frente al significado descriptivo de las proposiciones y desde el punto de vista pragmático la función dominante será, respectivamente, emotiva y descriptiva.

Desde el punto de vista semiótico, las valoraciones son inherentes, en opinión de este autor, a la justificación de normas jurídicas generales o de decisiones, por lo que la tipología de los enunciados valorativos depende del tipo de justificación. Así, Wroblewski, identifica cuatro tipos: primarios (se producen cuando el objeto se valora con independencia de cualquier justificación), sistemáticamente relativizados (se producen cuando la valoración se justifica por relativización a algún sistema axiológico), condicionalmente relativizados (la justificación se refiere a alguna relación empírica con otro objeto), instrumentalmente relativizados (la justificación es instrumental)¹²⁴.

¹²² *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 125. Estos autores parten de la distinción entre normas y enunciados –que no siempre desarrollan en todas sus consecuencias–.

¹²³ “Enunciados valorativos en el Derecho: una aproximación analítica a la axiología jurídica”, “*Sentido*” y “*Hecho*” en el Derecho”, op. cit., pp.15-32.

¹²⁴ “Enunciados valorativos en el Derecho: una aproximación analítica a la axiología jurídica”, op. cit., pg. 24. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados*

El autor atribuye a los enunciados valorativos primarios la fórmula “X es a-valorable”, donde “a-valorable” supone “una adscripción de un valor a X sin ninguna justificación en un discurso dado”¹²⁵. Cuando se utiliza un enunciado de este tipo no existen argumentos a su favor. Su explicación requiere poner en conexión el plano ‘semiótico’ con el ‘filosófico’ desde el momento en que, la interpretación de este tipo de enunciados depende de si nos situamos en el cognitivismo o en el no cognitivismo. Así, desde el cognitivismo y objetivismo, un enunciado valorativo primario se basa en una verdad conocida y existente en función de la filosofía concreta desde la que se valora. Para el no cognitivismo y subjetivismo o sociologismo, el enunciado expresa una valoración básica –aceptada o rechazada sin argumentos- desde el punto de vista de un individuo o de un grupo.

De cualquier forma, este tipo de enunciados constituyen los criterios últimos a los que se remite la justificación en el ámbito jurídico en la medida en que coinciden con las últimas opciones éticas o políticas. Tendremos ocasión de comprobar que los autores españoles refieren a este grupo los enunciados sobre valores superiores y sobre derechos fundamentales en cuanto concreción de los valores; la peculiaridad, además reside en que en el caso del art. 1.1 de la Constitución española, la referencia a valores –que se califican como ‘superiores’- se encuentra en el texto jurídico¹²⁶.

Desde lo que podemos denominar ‘concepción imperativista’ sólo serán relevantes las valoraciones en tanto éstas se lean –como los valores superiores- en el lenguaje de los órganos que producen Derecho. Sin embargo, desde la construcción de las normas como razones para la acción –que además parte de la distinción entre

jurídicos, op. cit., pp. 138 ss distinguen entre lo intrínsecamente valioso –los valores de referencia pueden ser últimos (por sí) o utilitarios (por sus consecuencias)- y los extrínsecamente valioso –lo es por referencia a lo intrínsecamente valioso-.

¹²⁵ “Enunciados valorativos en el Derecho: una aproximación analítica a la axiología jurídica”, op. cit., pg. 25

¹²⁶ Por ello, además, este tipo de enunciados aparecerán como ‘normas’ y, por tanto, con alguna de las estructuras en que éstas aparecen. Así en la teoría de los autores españoles que tomábamos como representantes de la ‘distinción fuerte’, los principios en sentido estricto se definían precisamente por contener los valores primarios del sistema, –‘aquellos que se consideraban razones básicas frente a cualesquiera otros intereses’-; para L. Prieto, los ‘valores superiores’, lo veremos con posterioridad, constituyen un tipo de principios constitucionales. En relación con los valores superiores, ver GARRORENA, A., “Valores superiores y principios constitucionales”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, pp.26-41, pg. 35

norma y enunciado-, cualquier norma jurídica encierra una ‘guía de comportamiento’ y un juicio de valor¹²⁷. Desde el primer punto de vista, existen diferencias entre las normas de conducta y los valores del Derecho (para algunos se trata de distintas estructuras, para otros, los valores son contenidos de determinadas normas), para el segundo grupo, las diferencias entre los enunciados formulados como normas de conducta –principios- y los formulados como valores, se diferencian en la mayor importancia que el autor del enunciado otorga a la dimensión directiva o valorativa, respectivamente.

Para R. Alexy, cuando nos enfrentamos al concepto de valor, estamos ante una categoría distinta de la de los principios y las reglas. Así, principios y reglas son conceptos deontológicos, en tanto valor es un concepto ‘axiológico’ caracterizado porque su categoría esencial es ‘lo bueno’¹²⁸. De modo que para este autor, siguiendo una teoría que ya hemos adelantado, los principios se caracterizan frente a los valores por ser mandatos y frente a las reglas por el tipo de mandatos -de optimización- que constituyen. Puesto que un modelo de valores es traducible a un modelo de principios y en el Derecho de lo que se trata es de lo debido es preferible optar por un modelo de principios que por un modelo de valores¹²⁹ como base para la argumentación.

Entre los autores españoles que consideran necesario detenerse en la distinción entre los valores y las restantes normas que hacen referencia específica al uso del término en el Derecho español se pueden distinguir entre aquellos que consideran los

¹²⁷ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg. 131.

¹²⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 139 ss.; el autor distingue además principios (‘criterios de valoración que pueden ser sopesados’) y reglas (‘criterios de valoración que no pueden ser sopesados’) en el plano axiológico. Para ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., todo enunciado valorativo tiene, además, un significado directivo y, a la inversa, las reglas de mandato, encierran también valoraciones.

¹²⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 147, “lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. Esto habla en favor del modelo de los principios. Por otra parte, no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determina solución es la mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios. Pero, en todo caso, el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones.”

valores como una estructura normativa distinta de principios y reglas y aquellos que consideran los valores como un contenido de principios y reglas. A las divergencias en este aspecto se superponen las distintas interpretaciones sobre la 'eficacia jurídica' que haya que otorgar a las normas que expresan valores.

El profesor Prieto considera que valores y principios no guardan entre sí diferencias sustanciales. Este autor desarrolla su análisis de la idea de valores al hilo de la Constitución española y en relación con la idea de valores superiores –así es también en relación con A. Llamas, L. Parejo, G. Peces-Barba, T. Freixes y M. Aragón-. En opinión de L. Prieto coincidente con las de A. Llamas y Luciano Parejo, la eficacia jurídica de los valores superiores es equivalente a la de los principios. Existen algunas diferencias estructurales que se refieren al mayor grado de imprecisión de los valores en relación con los principios pero que no pueden afectar a la eficacia respectiva. Los valores, como los principios son normas jurídicas aplicables a todos los supuestos que se planteen, también como parece ser respecto de ellos, se configuran como normas de segundo grado –y esto es una divergencia con M. Atienza y J. Ruiz Manero desde el análisis de las normas jurídicas como 'razones para la acción'¹³⁰. En concreto, como decía, L. Prieto desarrolla su estudio al hilo del problema de los valores superiores y los principios constitucionales cuya virtualidad reside en que "desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces, que deberán ponderar los intereses en conflicto no a la luz de su conciencia, supuestamente portadora del espíritu jurídico de la comunidad, sino atendiendo a la ideología jurídico-política cristalizada en el texto constitucional"¹³¹, con ello elimina el riesgo del que, en definitiva, huyen quienes pretenden restar eficacia jurídica a los valores, la instrumentalización del Ordenamiento al servicio de la concepción de la justicia o de los intereses individuales o corporativos de los jueces; los valores no son puertas abiertas sino límites a la 'discrecionalidad' judicial. Tanto la referencia a la identidad en cuanto a la eficacia jurídica de principios y valores, cuanto la forma en que diseña las diferencias estructurales hacen pensar que

¹³⁰ *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit.

¹³¹ PRIETO, L., "Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, nº11, 1984, pp. 84-85.

en realidad en la teoría de L. Prieto existen únicamente dos categorías normativas, los principios y las normas, cuyas diferencias estructurales son de grado y que desempeñan una distinta función en el razonamiento; los 'valores superiores' constituyen una forma en que el constituyente español –que no se ha adaptado a los conceptos 'estipulados' por los teóricos del Derecho- denomina a ciertos 'principios explícitos constitucionales', por eso los valores superiores son principios.

No obstante, autores como G. Peces-Barba¹³², A. E. Pérez Luño (cuya distinción de valores y principios tendremos ocasión de analizar con posterioridad), T. Freixes o M. Aragón consideran diferentes, aunque en atención a distintos criterios, ambas categorías. Se puede afirmar que para G. Peces-Barba la diferencia es de contenido, mientras para A.E. Pérez Luño la diferencia es estructural y para T. Freixes y M. Aragón es funcional.

Así, para G. Peces-Barba, la distinción entre principios y valores no es tanto una distinción estructural, o de función en el razonamiento jurídico o de eficacia normativa, cuanto una distinción de 'naturaleza'; puesto que los principios suelen considerarse elementos de Derecho Natural a los que se condiciona la validez del Derecho positivo -donde se sitúan los siguientes elementos-. Sin embargo, hay ocasiones en las que la propia Constitución se refiere a los 'principios' y además existe una tercera fuente junto a la ley y la costumbre que es la constituida por los principios generales del derecho. El concepto de G. Peces-Barba¹³³ de los principios generales coincide que el de los *Principios*, de G. Carrió que, veíamos, no resultaban problemáticos para el positivismo y poco tenían que ver con los 'valores superiores' por cuanto son pautas de segundo grado sobre la utilización de las reglas que se contienen en el propio ordenamiento o se extraen de él por abstracción. Mayores dificultades presenta la distinción con los principios constitucionales; el autor considera que los principios carecen de esa especial vinculación con la moralidad que caracteriza a los valores desde el momento en que en su modelo constituyen el

¹³² Cuando menos es así en *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984. No obstante es de notar que en el *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., se refiere a dos categorías de normas, normas-regla y normas-principio, los valores superiores forman parte de las normas-principio que no parecen coincidir que la categoría 'principio' a que se refiere en la primera de las obras citadas.

¹³³ PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, op. cit., pp. 39-40.

contenido del consenso en que se fundamenta la legitimidad del Poder. Por otra parte, los valores afectan a todo el Ordenamiento (una vez traducidos en el Derecho se convierten en norma de identificación material), en tanto los principios son parte de ese Derecho que se identifica a partir de los valores

En definitiva, la idea clave para la distinción es que “los valores superiores” tienen un contenido conceptual que no se agota en su perspectiva normativa, sino que excede de la misma y hunde sus raíces en el campo de la moralidad”, si bien -y frente a los ‘principios de Derecho Natural’- “el significado jurídico de los valores superiores supone necesariamente su incorporación a normas”¹³⁴.

Se ha criticado al profesor Peces-Barba por su influencia en la introducción del término en la Constitución¹³⁵ en lugar del más extendido en la cultura jurídica hasta aquel momento de ‘principios’ que también se propuso en el debate constitucional. En realidad, lo que parece estar detrás del uso de los términos por G. Peces-Barba es la pretensión de introducir un término no tanto ‘jurídico’ cuanto ‘filosófico’, la influencia directa está, a mi entender, en la estimativa jurídica de Recaséns por lo que más bien la comprensión del alcance de los ‘valores superiores’ en este autor habrá que encontrarla en el siguiente apartado puesto que su uso se relaciona con la idea de ‘orden de valores’. En obras posteriores, el profesor Peces-Barba ha introducido la

¹³⁴ *Los valores superiores*, op. cit., pp. 36-37

¹³⁵ ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., pg 135, n. 10. Un cierto tono de crítica se encierra también en las alusiones de BASILE, S., en “Los “valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, *La Constitución Española de 1978*, dir. A. Pedrieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1980, pp. 253ss, pg. 265, al tono ‘profesoral’ y ‘filosófico’ en que aparecen redactados los artículos referidos a los “valores superiores”. También crítico con la sustitución de ‘principios’ por valores se muestra ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 116 y ss., “Valores superiores y principios generales”. Este autor señala, frente a los criterios de distinción que a su modo de ver han sido utilizados (del carácter normativo de los principios frente a los valores, de su ausencia de ‘valor de totalidad’ y su carácter de consecuencia del sistema y de tener como destinatarios a los operadores jurídicos), que “principios y valores tienen ambos un carácter normativo”, ambos “tienen carácter de totalidad”, “coinciden en la amplitud de destinatarios y en cuanto a la extensión de sus funciones” (pp. 120-123). Por su parte, RUBIO LLORENTE, F., “Prólogo” a *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, en colaboración con M.A. Ahumada, A. J. Gómez Montoro, A. López Castillo y J. L. Rodríguez Álvarez, Ariel, Barcelona, 1995, pp. VII-XIX, critica tanto ‘principios’ cuanto ‘valores’ como términos adecuados para ser incluidos en el texto constitucional; en su opinión se trata de “unas categorías determinadas, reconocibles en determinados enunciados jurídicos, y utilizables por tanto para comprenderlos y aplicarlos” (pg. IX).

categoría de 'normas principales' con la que parece hacer referencia a los 'principios' como categoría de normas en un sentido similar al de L. Prieto, lo que avala nuestra tesis de que el uso de "valores" en este autor nos remite a algo distinto de una estructura normativa.

Para A. E. Pérez Luño, sin embargo, la diferencia parece ser estructural. Las tres categorías se diferencian por la mayor o menor imprecisión en que aparecen formulado su contenido. Aunque, lo veremos con posterioridad, también introduce otro uso de 'valor' con el que hace referencia a un contenido que puede serlo de cualquier tipo de 'estructura normativa',¹³⁶.

T. Freixes y J. C. Remotti, afirman que la diferencia de valores, principios y reglas no es de contenido -"los mismos contenidos materiales pueden actuar como valores, como principios o como reglas jurídicas concretas"¹³⁷- sino estructural y funcional, aunque a la hora de explicar en qué consiste la estructura de valores y principios que los hace distintos de las reglas identifica ésta por la función. De este modo, los valores son "metanormas" que desempeñan una función 'orientadora, informadora y crítica de todo el ordenamiento, tanto en la producción de normas como en la interpretación de las mismas'¹³⁸. Los principios tienen una estructura "germen de reglas" cuya función es integradora.¹³⁹

¹³⁶ En relación con los principios generales del Derecho, señala este autor que nos encontramos ante un mito jurídico, ver "Los principios generales del Derecho: ¿Un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, 1997, nº 98, pp. 9-24. Para este autor, esto es así para los principios en sus modalidades ontológica y axiológica pero podría objetarse que no es válida en relación con otra acepción de los principios como método. Pues bien, afirma el autor, "la consideración de los principios como *normas de segundo grado*, que indican cómo deben interpretarse las normas de primer grado (Carrió); o como *mandatos de optimización...*, que pueden ser cumplidos en diferente grado a tenor de las posibilidades reales y jurídicas (Alexy), vendría a avalar la significación autónoma de los principios. No obstante, también aquí resulta discutible la autonomía de los principios, que quedan relegados a meros métodos o pautas interpretativos: sea de carácter *lógico*, tendentes a garantizar la corrección formal del sistema jurídico (coherencia, jerarquía normativa...); o *teleológico*, encaminados a maximizar el logro de determinados valores éticos o políticos (*favor libertatis*, legalidad, seguridad jurídica...)", pg. 22.

¹³⁷ FREIXES, T. Y REMOTTI, J.C., "Los valores y principios en la interpretación constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, nº35, 1992, pp. 97-110, pg. 107.

¹³⁸ FREIXES, T., Y REMOTTI, J. C., "Los valores y principios en la interpretación constitucional", op. cit., pg. 101, los autores señalan otra diferencia entre valores y principios, en su opinión, los valores, como las reglas, aparecen explícitamente positivados; en tanto los principios son -salvo excepciones- deducidos del contenido de otras normas. En ese caso, el problema de distinción lo será respecto de los principios 'explícitos'.

¹³⁹ Afirman estos autores el carácter vinculante de valores y principios constitucionales, sin embargo, excluye -desde una teoría próxima a la de G. Peces-Barba que analizaremos- la posibilidad de que los

M. Aragón, analiza el papel respectivo de valores, principios y reglas al hilo del estudio del ‘principio democrático’¹⁴⁰. El autor introduce con esta categorización una tipología paralela a los ‘fines’, principios y reglas de R. Dworkin. Los valores son estándares que tienen una ‘forma jurídica externa’ pero carecen de ‘estructura jurídica’, constituyen fines –aunque existen fines que no son directamente valores, sino instrumentos para los valores–, por eso la eficacia jurídica de los valores se enlaza a la interpretación teleológica. Los valores positivados sirven necesariamente a este tipo de interpretación previsto en el Código Civil, los no positivados sólo son aptos para desempeñar esta función en la medida en que son conformes a los primeros.

Más allá de su idoneidad como criterios interpretativos, los valores superiores constituyen enunciados dirigidos al legislador que le dejan un amplio margen de libertad. Precisamente la ‘impredictibilidad’ de los valores frente a la ‘indeterminación’ de los principios es la diferencia fundamental entre ambas figuras (que además se diferencian por la directa conexión con la moralidad de los principios), y consiste en que los valores “permiten una amplia variedad de

tribunales ordinarios los apliquen; lo veremos cuando estudiemos la teoría de este autor, pero resulta difícil -desde el momento en que se considera el principio de interpretación conforme y la misma función objetiva de los derechos- excluir del ámbito de competencia del Poder Judicial la interpretación-aplicación de los valores y principios constitucionales. Esta idea se manifiesta en contra del ya clásico trabajo en que E. García de Enterría proclama la eficacia normativa de ‘toda la Constitución’. Precisamente, una de las tesis que el insigne administrativista mantiene es que la aplicación –y, por tanto, la interpretación- de la Constitución no es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, el monopolio de éste sólo se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley; corresponde, por tanto, a los tribunales ordinarios: el enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes, como resultado del cual dictaminan bien el juicio de “posibilidad” de inconstitucionalidad que fundamenta el planteamiento de la respectiva cuestión, bien el juicio positivo de constitucionalidad que condiciona la aplicación de la ley; el juicio de inconstitucionalidad de Reglamentos, el juicio de inconstitucionalidad de ‘actos jurídicos públicos y privados’, y, por fin, ‘la interpretación conforme a la Constitución de la totalidad del ordenamiento, tanto de Leyes como de Reglamentos’. Y ello, en relación con todas las disposiciones de la Constitución “La Constitución como norma jurídica”, op. cit., pp. 121 y 122. La interpretación del juego valores-principios inspirada en P.Häberle se asemeja a la desarrollada por G. Peces-Barba, “lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que haga posibles alternativas, que permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria. Sería la expresión de un “pensamiento de alternativas”, que deje siempre abierto lo que BLOCH llamó “el principio esperanza” y evite la petrificación de una situación dada. Los derechos fundamentales serían los vehículos y los manantiales de las innovaciones y de las alternativas. Lo esencial de la Constitución no sería una cierta concepción material del hombre, sino construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto; éste habría de ser, por tanto, el criterio interpretativo fundamental”, pg. 147.

¹⁴⁰ *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pp.84-97.

conversiones normativas, esto es, de libre creación de reglas, mientras que los principios también enunciados en la Constitución reducen notablemente las posibilidades de su transmutación en reglas en cuanto que sólo caben las que el principio jurídicamente prefigura”¹⁴¹. En un Estado democrático la competencia para determinar qué reglas son aptas para la realización de los valores constitucionalmente proclamados debe corresponder, desde el momento en que se trata de un fenómeno de creación jurídica, al Parlamento; de otra forma, los jueces no están habilitados para aplicar los valores constitucionales. Otra cosa sucede en cuanto a los enunciados que contienen principios, en cuya “proyección normativa el Derecho se “descubre”, pero no se “inventa””. Habrá que entender, en sentido contrario, que en relación con los enunciados que contienen valores, la interpretación supone ‘invención’ del Derecho, con lo cual se está olvidando la existencia de un núcleo de certeza en cualquier expresión lingüística que es el que hace posible en relación con los valores superiores algo que el autor admite y es que vinculan al legislador. A menos que la vinculación sea sólo política, no se entiende cómo una forma sin contenido puede limitar a nadie ni cómo se hace efectiva esa vinculación si los jueces no pueden aplicar los valores hasta que el legislador no se pronuncie –a través de auténticas estructuras jurídicas– sobre su significado.

¹⁴¹ *Constitución y Democracia*, op. cit., pg. 93.

2. ‘Instituciones’ y ‘valores’ como ‘estrategias de interpretación’ de los derechos fundamentales.

El problema de la función objetiva de los derechos enlaza, como decíamos, con el problema más general de la interpretación constitucional que surge desde la constatación de que las disposiciones constitucionales aparecen con una estructura de o se utilizan en ocasiones como principios -o valores, en caso de que se admita esta categoría como una estructura independiente-. En materia de derechos fundamentales, la teoría institucional y la teoría axiológica constituyen propuestas en este sentido. Ambos -instituciones y valores- se presentan como instrumentos a los que se recurre para dotar de contenido a aquellas ‘estructuras’.

De cualquier forma, el recurso a la idea de ‘institución’ o a una interpretación valorativa de los derechos -y, más en general, de la Constitución- adopta como punto de partida la idea de que la estructura de éstos es diferente a la de las normas-regla¹⁴². Desde esta perspectiva, analizaré las referencias a los derechos como conceptos relacionados con las instituciones o con los valores.

2.1. La idea de institución en la cultura jurídica española. Su relación con los derechos fundamentales.

No existe, del mismo modo que ocurre con la idea de ‘principios’, un concepto homogéneo de ‘institución’¹⁴³ capaz de dar cuenta de su uso en nuestra cultura

¹⁴² Me interesa adelantar cuáles son las posiciones a propósito de la comprensión de los derechos como valores o instituciones de los autores que me servirán como modelo para desarrollar la explicación de la función objetiva. Así, pues, en las teorías de P. Lucas Verdú y A.E. Pérez Luño, la peculiar estructura de las normas que contienen derechos fundamentales, permite al intérprete recurrir a los valores. Para G. Peces-Barba, los derechos, son ‘instituciones’, por lo que aunque no se cuestionen posiciones ‘subjetivas’ deben ser aplicados como criterios de interpretación a las restantes normas. En cuanto a L. Prieto, ya hemos visto que los derechos son expresión de valores que se manifiestan como normas-regla en cuanto a su función subjetiva pero que pueden ser articulados como principios -entendiendo por principios una fórmula de interpretación que a veces se justifica en peculiaridades estructurales de carácter relativo- cuando se trata de actualizar la función objetiva. Esta función objetiva no tiene el mismo alcance en L. Prieto que en los otros autores, antes bien, se ordena a hacer posible la función subjetiva.

¹⁴³ CALVO, J., “Institución jurídica y positivismo jurídico institucional”, *Racionalidad e irracionalidad*

jurídica. De este modo, una primera aproximación, nos lleva a distinguir tres ámbitos en los que se manifiesta la idea y que repercuten, en principio, en cuanto a la teoría jurídica de los derechos. En primer lugar, aquel en el que se asocia a las ‘garantías institucionales’ o ‘garantías de instituto’; en segundo término la descripción de los derechos fundamentales como ‘instituciones’ que en nuestra cultura se atribuye fundamentalmente a Häberle y el interés por lo que se considera un nuevo tipo de Teoría del Derecho que se denomina ‘positivismo jurídico neoinstitucionalista’¹⁴⁴

Del tercero de los ámbitos en los que hemos señalado que se mueve el recurso a la idea de ‘institución’ por nuestros autores, no existe un desarrollo amplio que se vincule a la teoría de los derechos fundamentales. Este tipo de teorías considera que, por diversas razones, las definiciones del Derecho como ‘mandatos’, ‘sistema de normas’, ‘regularidades de conducta’ o ‘hechos brutos’, no son útiles para dar cuenta del fenómeno jurídico. Antes bien, el Derecho puede ser descrito como una institución, esto es, como un ‘sistema de normas o reglas que constituyen condiciones de posibilidad de un ámbito de conductas humanas para el caso de que éstas sean de hecho ejecutadas’¹⁴⁵. F. J. Ansuátegui, señala la presencia de un “fundamento antropológico (la capacidad de actuar del individuo como ser social), un “fundamento semántico (la diferenciación entre proposiciones descriptivas y proposiciones prácticas)”, y un “fundamento ontológico (en realidad, junto a los hechos brutos,

en la política y el Derecho, ed. a cargo de E. Martínez Díaz de Guereñu, Deusto, Bilbao, 1990, pp. 49-58, pp. 51-52 señala la necesidad de tener en cuenta, para la construcción de una teoría institucional el ‘ordinamentalismo institucional de Romano, la ‘teoría de los hechos normativos’ de Gurvitch’, ‘el ordinalismo de Schmitt’, ‘algunos sugestivos puntos de vista de Engisch en la idea de concreción en el Derecho’, ‘o, en general, del pensamiento luterano alemán de posguerra, si no incorporando resonancias de más reciente actualidad como acaso la posición de Luhmann sobre la institucionalización jurídica...’; en mi opinión es la incorporación acrítica de todos estos elementos -y alguno más- en los distintos usos de ‘institución’ la que impide saber a ciencia cierta a que se refieren los autores con cada uno de ellos. Del mismo autor, *La institución jurídica. Interpretación y análisis filosófico del lenguaje jurídico*, Departamento de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga, 1986, de forma especial, “La recepción en España de la concepción institucional del orden jurídico”, pp. 87 ss.

¹⁴⁴ Por último, existiría otro ámbito en que se manifiestan, la acepción de los derechos como instituciones en la versión de Luhmann. No obstante, como tuvimos ocasión de señalar en otro momento, no encuentra repercusión en la teoría jurídica de los derechos fundamentales.

¹⁴⁵ LA TORRE, M., “Reglas, Instituciones, Transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma “evolución del Derecho””. *Doxa*, nº13, 1993, pp. 123-159, pg. 130. Ver también de este autor “Institutionalism Old and New”, *Ratio Iuris*, v. 6, nº2, 1993, pp. 190-201. Entre los autores españoles ver ANSUÁTEGUI, F. J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una aproximación)*, Dykinson, Madrid, 1996.

tienen lugar los hechos institucionales, que son un instrumento imprescindible para entender aquella)”¹⁴⁶. De este modo, el Derecho se concibe como el instrumento que hace inteligible determinados comportamientos humanos (en este sentido sirve como ‘sistema’ de comunicación) y permite que de éstos se deriven cierto tipo de consecuencias. La construcción se basa en un dato que es común a la idea de ‘institución’ en todas sus versiones, me refiero al presupuesto que podemos denominar de la ‘vertiente sociológica’. La ‘vertiente sociológica’ en el ‘positivismo jurídico neoinstitucionalista’ consiste en que los ‘participantes’ conocen las normas y las usan. Del mismo modo que sólo si las normas se utilizan correctamente, la conducta consigue los efectos deseados, sólo si el Derecho es conocido y utilizado existe.

Una visión de los derechos fundamentales como instituciones del tipo de la que describiremos en el segundo apartado guarda como diferencia fundamental (aparte de otras muchas) con una visión ‘institucionalista’ del Derecho de este tenor que mientras aquella trata de subrayar la dimensión ‘organizativa’ –y, por tanto, dependiente del Estado- de la institución, éstas hacen hincapié en la idea de institución como marco de posibilidad de conductas. También existe una coincidencia fundamental, y es que en ambas, el funcionamiento del ‘sistema’ se basa en su relación con la realidad en la que pretende hacerse eficaz; aunque en el modelo que nos queda por estudiar, esta ‘vertiente sociológica’ se basa en la participación de unos valores comunes que se realizan a través del Estado.

Como vengo señalando, el elemento común en todas estas ‘teorías institucionales’ es la ‘vertiente sociológica’ que supone, a grandes rasgos, una vinculación del Derecho con el sustrato sociológico en el que pretende hacerse eficaz. F. Balaguer, considera que la vinculación mencionada forma parte de un ‘cambio de paradigma’ en la Ciencia Constitucional que afectará a la Ciencia jurídica en su conjunto y que viene impuesto por la ‘Constitución normativa’. En su opinión, “la dogmática jurídica tradicional, tal y como fue elaborada por la Escuela Histórica del Derecho, mantuvo siempre una apertura permanente a la realidad social en la que el

¹⁴⁶ ANSUÁTEGUI, F.J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una aproximación)*, op. cit., pg.148

derecho se desenvuelve, así como una conexión constante con los principios y valores sobre los que el Derecho se asienta”, sin embargo, las ‘posiciones formalistas’ que se desarrollan en primer lugar en el ámbito del Derecho privado, pero que tendrán su máximo desarrollo en la Escuela Alemana del Derecho Público, se produce un rechazo -también ‘ideológicamente’ condicionado- “a cualquier referencia extraña al material jurídico-normativo estrechamente entendido por referencia al Derecho positivo vigente”¹⁴⁷. Desde la perspectiva de este autor, las teorías ‘clásicas’ de la Institución (Hauriou y Romano) constituyen reacciones -producidas dentro del Derecho Público- frente al positivismo normativista¹⁴⁸ que definitivamente debe quedar abandonado desde el momento en que el constitucionalismo contemporáneo se caracteriza por construirse sobre la *integración* -frente a la confrontación que sirve de sustrato sociológico al postulado de la disociación entre lo jurídico y lo social- fundamentada en unos valores que forman parte de la Constitución misma. Con ello, “la Constitución normativa... procura incidir normativamente sobre la realidad social, disciplinándola de acuerdo con las pretensiones de la sociedad misma” y no establecer la separación entre sociedad y Estado, por lo que “lo jurídico no se define ya como una esfera aislada de lo social, sino a partir de su interacción con lo social”.

Más interesante que la aportación neoinstitucionalista para nuestro estudio en este momento puede resultar el análisis de las dos primeras posibilidades apuntadas. Tendremos ocasión de comprobar que ambas son teorías sobre aspectos distintos de los derechos fundamentales que se mantienen en nuestra doctrina y en la práctica del Tribunal Constitucional a veces de forma heterogénea¹⁴⁹.

¹⁴⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución normativa y Ciencia del Derecho”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, op. cit., pp. 89-112, pg. 111.

¹⁴⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución normativa y Ciencia del Derecho”, op. cit., pg. 98, “con independencia de las diferencias entre ambos autores, interesa resaltar aquí esa consideración del Derecho, que afirmándose expresamente como positivista y jurídica vuelve a resaltar el componente sistemático y a tomar en consideración referentes axiológicos (las ideas directrices o principios superiores del Derecho)”

¹⁴⁹ JIMÉNEZ-BLANCO, A., “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, *Estudios sobre la constitución Española, en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 87-109, señala cómo la versión objetiva de los derechos fundamentales que se enlaza, entre otras, con la “teoría institucional” de Häberle, “no ha sido siempre deslindada por el TC de las garantías institucionales”. Según CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº25, 1989, pp. 35-62, pg. 58, la confusión entre el significado adjetivo y el significado sustantivo de la garantía institucional también está presente en Häberle, “y , lo que es de toda importancia, la mención de la garantía institucional en

J.J. Solozábal Echevarría señala dos momentos en las relaciones entre los conceptos de garantía institucional y derecho fundamental. En un primer momento, ambas figuras aparecen como categorías contrapuestas y sólo después se produce la influencia de la teoría de la garantía institucional sobre la teoría de los derechos fundamentales¹⁵⁰.

Históricamente, la formulación de la categoría se remonta a la época de Weimar; se trataba de dotar de eficacia a ciertas figuras que no aparecían suficientemente garantizadas en la Constitución introduciendo límites a la posibilidad de intervención por ley en su configuración¹⁵¹.

P. Cruz Villalón -que contempla la teoría de las garantías institucionales como un paso más en el proceso de 'constitucionalización' de los derechos humanos- señala cómo la expresión 'garantía institucional' "se presta a una "utilización anfibiológica" de modo tal que el término adquiere un 'significado sustantivo' y un 'significado adjetivo'. En el primer uso, sitúa el autor la acepción de garantía institucional como equivalente al objeto garantizado; el segundo viene referido a la concreta garantía de que se dota al objeto y, en este sentido, es equivalente al "contenido esencial"¹⁵². En adelante haré uso de esta terminología aunque con un alcance distinto al que le otorga

este contexto ha tenido siempre un evidente propósito de rebajar la eficacia práctica del alcance del correspondiente precepto; dado que estábamos ante recursos de amparo, en los que el actor pretendía el reconocimiento de su "derecho o libertad" (LOTG, art. 55.1), el desdibujamiento de su carácter de derecho subjetivo implicaba la desprotección por esta vía, que era considerada la más enérgica y perfecta. Así pues, la garantía institucional, si bien sirve como técnica de protección en el ámbito de la organización de los poderes públicos, en el campo de los derechos fundamentales, y no deslindada de la visión objetiva de los mismos, concluye en la rebaja de su contenido y eficacia. Primero, porque no hay recurso de amparo; luego, y como se habrá de ver, también por otras razones", pg. 642.

¹⁵⁰ "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", op. cit., pp. 87-109, pg. 104. El tercer momento en estas relaciones lo constituiría "la comprensión "institucional" de los derechos fundamentales que han puesto de moda autores como Häberle y Hesse, sobre las huellas de Smend" (pg. 106).

¹⁵¹ PAREJO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, pg. 18, "...en la Constitución de Weimar, que regulaba sistemáticamente las libertades públicas en la parte organizativa de la misma..., se colocaban las libertades públicas y las determinaciones organizativas básicas simplemente bajo la reserva de Ley..., sin acompañar esta prescripción de medida cautelar o protectora alguna que asegurara la eficacia de los contenidos constitucionales frente a las disposiciones del legislador ordinario..." . En sentido similar, CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", op. cit., y BAÑO LEÓN, J.M., "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº24, 1988, pp. 155-179.

¹⁵² CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", op. cit., pp. 35-62.

su autor.

En el sentido original, al que nos referíamos, las garantías institucionales adquieren un significado ‘adjetivo’. La doctrina weimariana diferenció al respecto ‘instituciones’ e ‘institutos’; si la garantía afecta a una ‘institución’, el objeto garantizado lo constituye “un complejo normativo de carácter jurídico-público debidamente formado y organizado y, por tanto, delimitable y diferenciable”, en caso de que afecte a un ‘instituto’, se trata de un ‘complejo normativo de carácter jurídico-privado’ de las mismas características que el anterior¹⁵³.

En un primer momento, la idea de garantía institucional se refiere a ‘objetos’ distintos de los derechos fundamentales; pero, a continuación surge el interés por hacer esta técnica de protección extensiva también a los derechos¹⁵⁴. Básicamente la garantía institucional supone la introducción de restricciones al legislador a la hora de regular determinadas materias; restricciones que se basan en la existencia de una idea conocida del objeto que sirve de referencia al concepto normativo, con lo que, una vez más nos encontramos con la ‘vertiente sociológica’.

Frente a la opinión doctrinal de que no existe una contradicción entre la garantía

¹⁵³ PAREJO, A., *Garantía institucional y autonomías locales*, op. cit., pg. 23. El autor no contempla en su análisis de las garantías institucionales a partir de la definición de ‘institución’ de SCHMITT la posibilidad de que el objeto sea de carácter jurídico-privado. Una interpretación de la garantía de ‘instituto’ similar a la que aquí efectuamos y también a partir del concepto de SCHMITT se encuentra en CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 59-60. Para un análisis del concepto de ‘garantía institucional’ en C. Schmitt y su recepción en la cultura jurídica española, ver LUCAS VERDÚ, P., “Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional, demoliberal”, *Revista de Estudios Políticos*, nº64, 1989, pp. 25-92, pp. 78-91.

¹⁵⁴ Sobre el proceso a través del cual se produce esta extensión ver BAÑO LEÓN, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, op. cit., pp.165 ss.; CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 55 ss. El autor considera que las garantías institucionales surgen como técnica para dotar de eficacia jurídica a la Segunda Parte de la Constitución de Weimar, y en concreto a parece vinculado a una serie de preceptos de esta parte en los que “la Constitución se ocupa de regular una pluralidad de materias, con frecuencia en alguna conexión con un derecho fundamental, pero otras veces sin ella. Así, el artículo 139 garantiza el descanso dominical, en el capítulo dedicado a la religión; en el artículo 149 “se mantienen las Facultades de Teología de las Universidades”, dentro del capítulo dedicado a la educación. Pero también entran dentro de este grupo preceptos como el que garantiza la autonomía local (art. 127), o el que declara la “inviolabilidad de los derechos adquiridos” de los funcionarios (art. 129); los preceptos más representativos de este grupo son los que se refieren al *status* de los funcionarios públicos, al de las Iglesias y al régimen de la enseñanza pública o privada”. Ver también PAREJO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, op. cit., pp. 18 ss., este autor considera la ‘causa eficiente’ del surgimiento de la teoría de las garantías institucionales en en la autonomía municipal del art. 127. Y JIMÉNEZ BLANCO, A., “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, op. cit., pp. 646 ss.

institucional y el derecho fundamental (para unos la garantía institucional equivale al ‘contenido esencial’ del derecho fundamental¹⁵⁵, para otros no son categorías comparables pero la garantía del contenido esencial supone, respecto a los derechos fundamentales, una protección equivalente a la garantía institucional respecto a ‘instituciones’ e ‘institutos’¹⁵⁶), el Tribunal Constitucional y otro sector de la dogmática consideran que la garantía institucional es una figura contrapuesta al derecho fundamental¹⁵⁷. Tras esta última opinión se encuentra la equiparación de los derechos fundamentales a ‘derechos subjetivos’ que se reconocen en favor de un titular. De esta distinción resulta una garantía reforzada de los derechos fundamentales -el recurso de amparo- frente a los límites al legislador que supone el reconocimiento de una garantía institucional.

En el significado “sustantivo”, se produce una vinculación entre la idea de ‘institución’ y la vertiente objetiva de los derechos fundamentales. Por ello para su análisis conviene tener en cuenta la siguiente de las relaciones entre derechos fundamentales e ‘institución’ a que nos hemos referido.

En relación con la teoría institucional de los derechos fundamentales, podemos decir que ésta no se presenta ya como una teoría sobre las garantías de los derechos - como era el caso de la teoría de la garantía institucional-. Cuando desde esta teoría se hace alusión a las ‘garantías institucionales’ lo es en su sentido sustantivo, o, como habíamos señalado, a la ‘institución’ más que a la garantía.

Quienes conciben los derechos fundamentales como instituciones, intentan subrayar la importancia de su dimensión objetiva. De la afirmación de la función objetiva de los derechos desde la idea de institución se hace derivar a veces una atribución de competencias al legislador que, en ocasiones, actúa en detrimento de la vertiente subjetiva. Por ello, la idea de la ‘garantía institucional’ de los derechos

¹⁵⁵ CRUZ VILLALON, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, op. cit., pg. 61, “para que un derecho pueda ver preservado algún contenido frente al legislador tendrá que conseguir *presentarse* como instituto, sólo en la medida en que quepa elaborar un “contenido institucional” del derecho será éste, por así decir, ..., resistente al parlamento”.

¹⁵⁶ BAÑO LEON, J.M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, op. cit.,

¹⁵⁷ MARTIN-RETORTILLO, L., y OTTO, I. DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, op. cit., pp. 95 ss.

fundamentales y la teoría institucional de los derechos son, en cierta medida, ideas contrapuestas; desde la 'garantía institucional' -que como vimos se traduce en el 'contenido esencial'- se introducen límites al legislador; desde la idea de los derechos como instituciones, se le habilita para conformar su contenido.

La teoría institucional expresa una concepción de los derechos desde la que se extraen consecuencias para la interpretación. Como sucede con la teoría axiológica -que analizaré en el punto siguiente-, permite introducir matices al método interpretativo aplicado a los derechos fundamentales. El presupuesto subyacente a esta teoría es la ausencia de contraposición entre el individuo y el Estado. No se trata, no obstante, de una teoría organicista; más bien se afirma que el individuo sólo puede desarrollarse en el Estado que, a su vez, en su forma de Estado Constitucional, asume como fundamento la dignidad humana.

Desde esta perspectiva, la libertad es siempre libertad jurídica -en el sentido de libertad tal y como es definida por el Derecho- y no es posible pensar en una norma general de libertad que actúe como norma de clausura al sistema y desde la que interpretar qué corresponde y qué no al ámbito de lo jurídico.

En nuestra doctrina es la visión de G. Peces-Barba, cuyas propuestas relacionadas con la función objetiva de los derechos desarrollaremos. Para explicar la teoría institucional de los derechos partiré de la obra de Häberle, al ser este autor -ya lo apunté- quien en mayor medida es tomado como referencia por los autores españoles.

El punto desde el que se desenvuelve la concepción de P. Häberle es que los derechos fundamentales se integran en el orden de valores expresado en la Constitución. Los derechos fundamentales se sitúan, precisamente, en la cúspide del orden axiológico constitucional por la importancia que para la comunidad revierte su garantía, por cuanto constituyen expresión de la idea de libertad. En la concepción del Estado como garante de la libertad se fundamenta -según vimos- la legitimidad del Poder en el Estado de Derecho. Sin embargo, en la concepción del Estado de Derecho en su versión tradicional (Estado liberal de Derecho), la libertad se garantiza, en primer lugar frente al propio Estado. En la versión de Häberle, el Poder Político aparece como Estado Constitucional, cuya nota característica es la superación del



concepto de soberanía. En él, los derechos constituyen el cauce de la democracia, por lo que no se pueden concebir ya como 'barreras' frente al Estado, "los derechos fundamentales, serían privados de su carácter específicamente constitucional si acaso se deseara ver en ellos sólo una función de defensa"¹⁵⁸, y más adelante, señala cómo la idea de que los derechos fundamentales "representan ámbitos en los cuales existen límites a los "derechos de soberanía" del Estado y al "poder público" no tiene lugar en un Estado "que hace posible un ordenamiento jurídico inspirado en principios de libertad".

Pero la posición preferente de que gozan los derechos, no los convierte en bienes absolutos integrados en un 'firmamento' axiológico 'abstracto'. En primer lugar, porque como parte de un 'orden de valores' han de entenderse conforme a los otros bienes. Al respecto, conviene señalar que la Constitución -el 'Derecho constitucional' en vigor- no se agota en el el texto constitucional, existen, por ello bienes jurídicos "inmanentes" que en ocasiones constituyen además límites inmanentes a los derechos fundamentales que no siempre se hacen explícitos en el texto escrito.

Por otro lado, se exige una 'continua renovación' del orden constitucional de

¹⁵⁸ HÄBERLE, P., "Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el complejo cuadro del ordenamiento constitucional", *Las libertades fundamentales en el estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel, 1997, trad. del italiano de C. Ramos de la versión traducida del alemán por Jürgen Saligmann y César Landa *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Nis, Roma, 1993, pp. 55-162, su aspecto negativo, sólo sirve para "dirigir al individuo hacia el Estado y hacia la comunidad" (pg. 72). Entendidos de otra forma, quedarían privados de su carácter constitucional; es de notar que Häberle está haciendo referencia a la idea de 'constitución material'. Ver HESSE, K., "Concepto y cualidad de Constitución", *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp.1-32, pg. 8 "lo que sea "Constitución" ...es algo que sólo puede ser concebido a partir del cometido y de la función de la constitución en la realidad de la vida histórico-concreta. En la misma aparecen como objetivos inexcusables la unidad política y el orden jurídico"; la unidad política y, con ella, el Estado, dependen de "una cooperación planificada y consciente y, por tanto, organizada" que exige un *orden jurídico...*"- el *orden jurídico fundamental de la Comunidad* es la Constitución- además, el orden jurídico se presenta como algo a alcanzar en un *sentido más amplio*. La Comunidad lo necesita porque la convivencia humana no es posible sin él, tanto más en una situación como la actual, que provoca la necesidad de una amplia ordenación y coordinación material de las relaciones y de los ámbitos de vida social y económica". Pero se trata de un orden que debe ser constantemente actualizado y cuya "actualización" precisa del apoyo y de la garantía del Estado: el orden jurídico necesita ser formulado y declarado vinculante por los poderes estatales en amplias partes del mismo, debiendo ser "concretizado" y habiendo de quedar asegurada su observancia. Estado y Derecho, por tanto, no se sitúan, tampoco en este sentido, el uno al lado del otro sin ralización alguna; ambos se encuentran, de variadas maneras, mutuamente sometidos y dependientes" (pg. 15)

valores de conformidad con la renovación en las condiciones de mantenimiento de la comunidad. Afirma, en este sentido, el autor, que “al entendimiento del ordenamiento constitucional de valores como firmamento abstracto de valores, se pueden oponer esencialmente las mismas objeciones que se dirigen contra un iusnaturalismo postulado, a menudo, de manera excesivamente acrítica. En el caso de los valores constitucionales se trata de valores que han sido concretizados y hechos positivos por la Constitución y para los cuales se exige *hic et nunc* una continua renovación”¹⁵⁹. Corresponde al legislador, la armonización de los derechos con los restantes bienes y la renovación de los éstos por lo que su actuación sobre derechos fundamentales no es sólo excepcional.

Todo ello es consecuencia del carácter constitutivo de la comunidad para los derechos fundamentales. La libertad constitucional de la que los derechos son expresión es una libertad ‘social’, sólo si la comunidad existe es posible hablar de libertad y de derechos en este sentido. Por esta razón, todos los bienes jurídicos cuya protección es condición del mantenimiento de la comunidad, constituyen condiciones de posibilidad de los derechos fundamentales. Así se justifica que el Derecho penal sea necesario para los derechos fundamentales, pero el argumento le sirve a Häberle para afirmar que el Estado social constituye una condición y no un límite de la libertad; “la esencia misma de la Constitución estaría comprometida...si los sujetos más fuertes económicamente estuviesen contrapuestos a los sujetos no libres de hecho a causa de restricciones materiales”¹⁶⁰.

Con la referencia a la idea de los derechos como instituciones se intenta reflejar, precisamente, esa mutua implicación entre comunidad y derechos fundamentales a través de la cual los derechos adquieren un carácter objetivo que no tiene por qué perjudicar a su ya sabido carácter subjetivo. Además de estar garantizados para “permitir el pleno desarrollo de la personalidad individual”, los derechos persiguen “un ‘resultado global’”¹⁶¹ y ése es según el autor “el tema de fondo de la orientación

¹⁵⁹ HÄBERLE, P., “Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el complejo cuadro del ordenamiento constitucional”, op. cit., pg. 59.

¹⁶⁰ HÄBERLE, P., “Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el complejo cuadro del ordenamiento constitucional”, ..., op. cit., pg. 70.

¹⁶¹ HÄBERLE, P., “Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el complejo cuadro del ordenamiento constitucional”, ..., op. cit., pg. 79.

del pensamiento institucional insertar al individuo y su libertad en ordenamientos objetivos y condiciones de vida más comprensivos, y viceversa, reconducir las fuerzas creativas a las formas de individuales al interior de estos ordenamientos”¹⁶². La visión institucional se opone al voluntarismo, al iusnaturalismo racionalista, al subjetivismo y al individualismo liberal, por un lado, y por otro al positivismo y al formalismo. Frente al voluntarismo, el Derecho no se puede explicar sólo como relaciones entre voluntades, frente al iusnaturalismo racionalista, rechaza la fundamentación de los derechos en una ‘psicología individualista y una visión utilitarista’. Ambos se reconducen al rechazo del subjetivismo, individualismo y liberalismo que encuentra su expresión en el positivismo formalista; el Derecho, tiene, frente a ello, una dimensión colectiva y un aspecto dinámico que hace imposible su concepción independiente de la realidad que constituye su sustrato. De este modo, si los derechos sólo se ejercitan por unos pocos, pierden su dimensión de realidad social, se convierten en ‘meras sombras’.

Así entendida, la teoría institucional de los derechos se vincula a la defensa de una armonización entre las exigencias del Estado social y las exigencias de la libertad. La consecuencia en el aspecto objetivo es que los derechos constituyen obligaciones del legislador de actuar en un determinado sentido –las repercusiones en el aspecto subjetivo las estudiaremos en otro lugar, a grandes rasgos se cifrarían en la justificación de los deberes positivos generales a partir de los derechos y en la reivindicación de la eficacia entre particulares-. Ya no se trata únicamente de la posibilidad de hacer efectivo el derecho fundamental con independencia de que estén en juego posiciones subjetivas. Desde esta concepción, es posible reivindicar la efectividad del derecho aun a pesar de las posiciones subjetivas que se considere deben ser postergadas en atención al orden de valores de la Constitución. El fundamento se encuentra en la ausencia de contradicción entre los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos generales constitucionalmente protegidos, “también para los derechos fundamentales vale la intuición de Hauriou, para el cual no existe derecho a cuya base, merced al interés satisfecho por éste, no se halle una función

¹⁶² HÄBERLE, P., “El doble carácter de los derechos fundamentales: el aspecto de derecho individual y el institucional”, *Las libertades fundamentales...*, op. cit., pp. 163-252, pg. 171.

social”¹⁶³.

De este modo, la teoría institucional de los derechos resulta coherente con el planteamiento republicano. Aunque también puede decirse que todo este tipo de teorías, en el punto de vista interno, se basan en la conservación del estado de cosas comúnmente admitido, por cuanto parten de la idea de que vale como Derecho –y, por tanto, obliga como tal- lo que es sentido como Derecho. Por esta misma razón pueden, por un lado, constituir un obstáculo al cambio jurídico, mientras por otra parte favorecen la ‘mutación’ del Derecho al margen de las reformas expresas. En definitiva, se produce un alejamiento entre el ‘texto’ y el Derecho que de nuevo recuerda la idea de “Constitución material”¹⁶⁴ y que se sitúa, una vez más, en la línea del ‘constitucionalismo’ frente al ‘positivismo’ cuando ese ‘sentimiento’ de juridicidad se considera producido por razones morales.

2.2. La idea de ‘valor’ en la cultura jurídica española. Su relación con los derechos fundamentales.

La presencia en nuestra Constitución de valores y la interpretación de los

¹⁶³ HÄBERLE, P., “Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el complejo cuadro del ordenamiento constitucional”, ..., op. cit., pg. 60.

¹⁶⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Contra la Constitución material”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 42-54, pg. 43 sintetiza los rasgos comunes a este tipo de teorías: “existe, en primer lugar, una dualidad entre la Constitución llamada “formal” y sus condiciones político-sociales de expresión, dualidad que no es vista al modo de la bipolaridad entre ser y deber ser sino, más específicamente, como coexistencia entre dos manifestaciones de la juridicidad, latente una y explícita la otra en la conformación jurídico-positiva del orden fundamental del Estado. Y existe, en segundo lugar, el reconocimiento de lo que podría llamarse una preeminencia institucional –y jurídica, por lo tanto- de aquella Constitución no formalizada sobre la que es producto del hacer consciente de los hombres a través de las fuentes de producción reconocidas”. En esta línea de la ‘constitución material’ se mueven las colaboraciones al colectivo editado por LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e Interpretación...*, op. cit., de HERNÁNDEZ GIL, A., “La justicia en la concepción del Derecho según la Constitución española”, pp. 150-155, pg. 154, “...Por la gran apertura de la Constitución al mundo de los valores penetra a raudales una concepción material del derecho con sus dos componentes esenciales que son el axiológico y el sociológico”, DENNINGER, E., “Principios Constitucionales y derechos como normas abiertas”, pp.- 179-185. Aunque BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución normativa y Ciencia del Derecho”, op. cit., pg. 105, señala la necesidad de mantener separadas la vertiente ‘jurídica’ y la ‘política’ de la Constitución como ‘garantía constitucional del pluralismo’; el problema, en este caso, es que, una vez admitido que del Derecho Constitucional forma parte algo más que el texto, resulta difícil limitar la vertiente ‘jurídica’.

derechos fundamentales como enunciados axiológicos, puede comprenderse mejor si tenemos en cuenta el contexto en que se produce. Con la positivación de los valores superiores se da paso en España a una teoría filosófica y a una práctica jurisprudencial que se viene desarrollando en Alemania, pero que tiene su contrapartida jurídica en otros Estados y versiones españolas de Filosofía general¹⁶⁵ y de Filosofía jurídica¹⁶⁶.

Encontramos dos tesis sobre los precedentes que podemos desarrollar al hilo del análisis de los planteamientos de A. Llamas y de E. Alonso. Así, por su parte, A. Llamas considera, en este sentido, que el precedente inmediato de la introducción del término valores en la Teoría jurídica se encuentra en la “Filosofía de los valores” que proporciona a los teóricos del Derecho instrumentos para la superación del formalismo¹⁶⁷. Más en concreto, la idea de que los derechos constituyen un orden de

¹⁶⁵ Así es notable la influencia de ORTEGA Y GASSET, J., “Qué son los valores”, *Introducción a una Estimativa, Obras Completas*, vol. 6, pp. 315-335 –al tiempo, las referencias a Sheler son constantes en esta obra-. Frente al positivismo ético, la tesis de ORTEGA, J., es que si hablamos con sentido de los valores, es porque tenemos algún contacto con ellos (pp. 329-330), se trata de “objetos irreales que residen en los objetos reales o cosas, como cualidades *sui generis*” (pg. 330) cuyo conocimiento –que, por otra parte, es absoluto- se alcanza por la ‘estimativa’ y que tienen tres dimensiones: cualidad, rango y materia (pg. 333). En Ortega, el *derecho* representa solo una clase específica de valor: el valor de justicia.

¹⁶⁶ Desde donde se hace notar el influjo de RECASÉNS SICHES, L., ver por todas *Filosofía del Derecho*, 3ª edición, Porrúa, México, 1965, de modo especial los Capítulos Diecisiete y Dieciocho. Para la incidencia de los valores en el razonamiento judicial ver *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp.529-536, pg. 531, “...hay que proceder a la averiguación de cuáles son los valores que en todo caso deben inspirar al Derecho, los valores que dan lugar a criterios ideales de carácter universal, aplicables a todo caso y a toda situación. Entre esos criterios, por ejemplo, figura sin duda el de la dignidad de la persona humana, es decir, el principio de que el individuo humano tiene un fin propio que cumplir, fin intrasferible, privativo, propio suyo, debiendo, por tanto, ser tratado siempre en calidad de persona autónoma. Entre tales criterios figuran también los corolarios que de ello dimanar, es decir, el principio de la libertad, como esfera de autonomía para decidir sobre el cumplimiento de la misión o tarea individual de cada quien en su vida; así como también el principio de la paridad fundamental ante el Derecho. Y, entre esos valores, hay que destacar enfáticamente el valor de la justicia, con todos los demás valores materiales implicados por el principio de la atribución a cada quien de aquello que debe ser considerado como suyo propio.”. Es notable la coincidencia entre la lista de valores que deben inspirar el Derecho propuesta por Recaséns y el catálogo de los valores superiores de la Constitución Española; también existen grandes semejanzas con la interpretación que de estos valores propone PECES-BARBA, G., en *Los valores superiores*, op. cit.

¹⁶⁷ LLAMAS, A., “Notas sobre *Los Valores Superiores* de Gregorio Peces-Barba”, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp.215-228, pg. 217. También señala este autor la existencia de distintas vías de aproximación al tema de los valores a partir de la Constitución, el Derecho positivo, la filosofía o la filosofía jurídica, en las que “el concepto “valor” aúna tres intereses muy diversos que la diferente metodología ha observado en cada una de las parcelas del conocimiento”, así “mientras el estudio del Derecho positivo estrictamente deja al margen toda investigación sobre la gnoseología del concepto en sí, la filosofía pura, la ética o la filosofía del Derecho toman como objeto de estudio o como parte del mismo la respuesta a la pregunta : ¿Qué son

valores se remonta a la época de Weimar¹⁶⁸ y tiene como precedente destacado a R. Smend. En la teoría de este autor, la referencia a un orden de valores supone, a grandes rasgos, incorporar al Derecho el método de las ciencias del espíritu¹⁶⁹.

Por el contrario, E. Alonso, no tiene en cuenta este entronque filosófico que ciertamente no existe en los orígenes del método en la jurisprudencia americana, pero que sí tiene cierta repercusión en la aplicación por el Tribunal Constitucional español en tanto en éste es mayor el influjo de la jurisprudencia alemana; en su opinión la idea de orden de valores o sistema axiológico aplicado a la Constitución es un 'fenómeno universal' que se produce en la jurisprudencia Constitucional en la segunda mitad del siglo XX¹⁷⁰. El origen está, en su opinión, en la propia jurisprudencia sólo después se

los valores? Sin embargo, la vocación iusfilosófica con la que se enfoca el estudio de "los valores superiores" prescinde del planteamiento de dicha pregunta" (pg. 216). Como veremos, tampoco se cuestiona en profundidad el concepto de valor cuando éste se asocia al concepto de los derechos fundamentales, por lo que resulta problemática la comprensión de éstos como valores.

¹⁶⁸ PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, op. cit., pp. 78 ss. critica la excesiva influencia que BASILE, S., atribuye a la influencia de la doctrina alemana "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", op. cit. Según el profesor Peces-Barba conviene relativizar esta influencia "frente al carácter original respecto a los textos anteriores" que presenta la Constitución española, "el legislador constituyente ha hecho un esfuerzo por buscar un camino autónomo que supere la polémica iusnaturalismo-positivismo, naturalmente utilizando los instrumentos que le proporciona el pensamiento y la cultura jurídica de nuestro tiempo" (pg. 79). En mi opinión, no obstante, puede ser cierto que en el momento constituyente las influencia de la doctrina alemana no fuera determinante, sin embargo, en este problema que nos afecta -que, veremos, es distinto del problema de los valores superiores que ocupa al profesor Peces-Barba- el recurso del Tribunal Constitucional y de la doctrina a las construcciones doctrinales y jurisprudenciales tedescas es frecuente. También A. Llamas que, como veíamos sitúa la Filosofía de los valores como precedente, afirma, no obstante: "no creo que tenga toda la razón Basile cuando insiste en la influencia de la doctrina alemana en la implantación de los valores superiores", *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, op. cit., pg. 192. Más adelante veremos que Basile no tiene 'toda la razón' en opinión de LLAMAS, A., porque se ha desarrollado en torno al tema de los valores superiores importantes aportaciones en la cultura jurídica española a las que el autor presta especial atención.

¹⁶⁹ Una descripción crítica de lo que supone este método en la interpretación constitucional se encuentra en, E.W., "Los métodos de interpretación constitucional -inventario y crítica-", *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 13-43, pg. 30. Ver también HABERMAS, J., *Facticidad y Validez...*, op. cit., pp. 326 y ss. quien, por otra parte, se muestra reacio a aceptar este método de interpretación en materia de derecho, pg. 333, "en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis«costes-beneficios» y en opinión de este autor (pg. 332), "en la medida en que un tribunal constitucional adopta la «teoría de los valores» o «teoría del orden valorativo» y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos".

¹⁷⁰ También FREIXES, T., "Positivación de los valores e interpretación constitucional", *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. I, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 110- 134, interpreta la teoría de las *preferred freedoms*, la descripción de los derechos fundamentales como un sistema de valores del Tribunal Constitucional Alemán y el método que utiliza el Tribunal Constitucional de tratar de

ha producido una teorización al respecto. Se trata el método que proporcionó al Tribunal Constitucional Alemán la posibilidad de hacer efectiva la 'primacía' de los derechos fundamentales; puesto que "a la vez que la necesaria flexibilización y coherencia la apelación a los valores aportaba una justificación conceptual: los derechos fundamentales eran indudablemente el objeto de la mayor pretensión de normatividad-vigencia de la GG"¹⁷¹.

Este tipo de teorías defienden la tesis, que ha sido objeto de numerosas críticas entre los autores alemanes, de que es posible limitar al intérprete constitucional a partir de la concepción de la Constitución como orden axiológico. R. Alexy¹⁷² agrupa estas críticas –a las que vamos a pasar revista porque de uno u otro modo reaparecen en nuestra cultura jurídica- en tres frentes: filosóficas, metodológicas y dogmáticas.

Las críticas filosóficas rechazan la "objetividad" de los valores. Tal y como la formula Alexy se dirige fundamentalmente contra el intuicionismo que incorpora la teoría de Sheller: si los valores se conocen no empírica ni analíticamente, sino por

armonizar los valores, como principios interpretativos que se superponen al método jurídico tradicional que se muestra insuficiente ante la Constitución. Pero a pesar de que se trate de respuestas paralelas a un problema semejante, nuestra cultura jurídica no siente la influencia de las construcciones americanas en el momento en que se construye el modelo del orden de valores en la interpretación constitucional; y ello es claro si comparamos la forma en que opera en nuestra jurisprudencia la idea de que todos los derechos constituyen un 'sistema de valores' –similar, incluso en los términos empleados a la teoría de los valores del Tribunal alemán- y la teoría de que ciertas libertades son 'preferentes' de los Estados Unidos tal y como lo describe el propio ALONSO, E., *La interpretación constitucional*, op. cit., pp. 280-281. En mayor medida representante de lo que pudiera ser el la opinión 'general' en nuestros autores, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pg. 95, tras afirmar que "un sistema jurídico ordenado por valores superiores abiertos será cualquier cosa menos positivista", manifiesta que es "una experiencia universal" que "allí donde opera una justicia constitucional que asegure la primacía normativa de la Constitución, ésta deja de ser vista como una simple articulación formal de poderes para comprenderse como una parámetro de valores materiales de todo el Ordenamiento". Frente a la opinión sobre la insuficiencia del positivismo para dar cuenta del fenómeno a que nos venimos refiriendo, veremos algunas propuestas formuladas desde nuestra cultura jurídica que pretenden interpretaciones 'positivistas' del sistema constitucional de valores del que forman parte los derechos fundamentales; pero no deja de tener en cuenta las aportaciones alemanas que han sido, en su opinión, el modelo más visible para nuestro constitucionalismo en este punto (pg. 109).

¹⁷¹ ALONSO, E., *La interpretación constitucional*, op. cit., pg. 279.

¹⁷² Ya dijimos que este autor considera que el Tribunal Alemán se 'aprovecha' de la filosofía de los valores para construir su idea del orden de valores. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 148. Referencias en nuestra cultura jurídica a la crítica de la jurisprudencia de los valores entendida de forma amplia como una construcción jurisprudencial común a los tribunales europeos y americano, encontramos en ALONSO, E., *La interpretación de la Constitución*, op. cit., pg. 315-346. Para este autor la crítica, que es tanto metodológica como sustantiva, tiene un mismo objetivo, limitar la posibilidad del juez de crear Derecho.

“intuición”, su existencia no puede ser fundamentada científicamente. Sin embargo, la crítica filosófica no supone el rechazo de toda teoría de los valores¹⁷³

La crítica metodológica, reprocha al Tribunal Constitucional Federal “que con su referencia a los valores y a un orden de valores ignora los postulados de una fundamentación racional” o, de otra forma, oculta el decisionismo interpretativo. Estas objeciones se dirigen frente a las ideas de que existe un orden jerárquico de valores y de que la aplicación de éstos exige de la ponderación -en su opinión, cuando se hace prevalecer un valor sobre otro se está adoptando una decisión que enmascara el recurso a la ponderación-. Según Alexy, cuando se defiende la teoría del orden de valores en el sentido en que él la configura, es posible hablar de órdenes blandos de valor; en cuanto a la segunda crítica, responde el autor que la distinción entre un modelo de decisión y un modelo de fundamentación permite situar las ‘opciones axiológicas’ entre la científicidad y la irracionalidad, de modo que es posible hablar de soluciones racionales aunque no científicas.

Las objeciones dogmáticas se refieren a dos aspectos, la objeción liberal y la del Estado de Derecho. En primer lugar, encontramos la que R.Alexy denomina “objeción liberal” y resume en que “una teoría de los valores de los derechos fundamentales conduciría a una destrucción del derecho fundamental de libertad en el sentido liberal”, se produciría una orientación concreta de la libertad de derecho fundamental, una “obligación” orientada hacia los valores”. En opinión de Alexy, esta objeción no es correcta desde el momento en que dejemos de considerar la libertad y el valor como elementos contrapuestos, en sus palabras “más bien la libertad jurídica -y sólo de ésta se trata aquí- es un valor entre otros”¹⁷⁴

En segundo lugar está la crítica que el autor denomina “del Estado de Derecho”¹⁷⁵, y que se resume en dos aspectos “el primero apunta a que una teoría de los principios no toma en serio la sujeción a la Constitución; la segunda, a que conduce a la arbitrariedad interpretativa y, con ello, a la inseguridad constitucional”.

¹⁷³ Aquí ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 151, se refiere a las distintas formas de fundamentación en función del tipo de validez (jurídica, social o ética) que no tienen por qué suponer la aceptación de la teoría intuicionista y que, por tanto, escapan de las críticas filosóficas.

¹⁷⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 179

¹⁷⁵ De los que, como en el caso anterior, cita como representantes a Forsthoff y a Böckenförde, a cuyas teorías a propósito de la interpretación me he referido en otro lugar.

En este punto, Alexy ha dado el paso de una teoría de los valores a una teoría de los principios y considera más adecuado un modelo de regla/principio que un modelo puro de reglas para garantizar la sujeción. En su opinión, las normas de derechos fundamentales son reglas y principios. Alexy habla de principios y no de valores porque éstos últimos expresan lo bueno, mientras los primeros expresan lo debido, y el ámbito del Derecho -al que se refiere su reflexión- es el ámbito del deber ser.

Lo cierto es que la consideración de que la Constitución contiene un orden de valores o un 'sistema axiológico' encabezado por los valores superiores y los derechos en que se especifican, constituye la clave que explica su 'efecto irradiación' y se sitúa en la línea que P. Vega describe como el "intento de defensa de la Constitución" que supera el Estado Liberal de Derecho 'clásico' por cuanto implica la defensa "de los valores que, desde sus comienzos, inspiraron el movimiento constitucional. Y es en este sentido en el que la justicia constitucional aparece al mismo tiempo bajo la dialéctica contradictoria de ser una institución corrosiva y constructiva, crítica y salvadora"¹⁷⁶.

En España existen distintas interpretaciones sobre el sentido de esa referencia a la Constitución como orden de valores que tienen que ver con el estatuto objetivo de los derechos fundamentales. Intentaremos analizar las influencias particulares que recibe cada autor al hilo de su concreta teoría sobre la relación de los derechos y los valores. Sin embargo, como ya apunté, se puede detectar una influencia general de dos autores formados en Alemania, Ortega y Recaséns¹⁷⁷. Ortega, desde la formulación filosófica del concepto de valor, y Recaséns desde la recuperación de ese concepto en el Derecho. Quizá la influencia directa es de estos autores más que de la doctrina alemana. Así lo entiende también A. Llamas refiriéndose a los trabajos sobre el

¹⁷⁶ "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, nº7-9, 1979, pp. 93-144, pg. 117. También este autor propone el recurso a la "constitución material" -que si es democrática y libre, permitirá una 'justicia democrática y libre'-; para salvar el papel de la justicia constitucional como defensora de los 'valores supremos contenidos en a Constituciones' sin que ello quiera decir "de ninguna forma, que sea ella la encargada de crearlos"(pg. 117).

¹⁷⁷ Sobre la influencia del primero en la reconstrucción de la razón, ver DIAZ, E., *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza, Madrid, 1994, pp. 17-32. Coinciden en subrayar esta influencia PAREJO ALFONSO, L., *Constitución y valores del Ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991 y PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, op. cit.

alcance del art. 1.1 de la Constitución cuando afirma “me parece importante indicar...que estas contribuciones que son originales y que tienen antecedentes en la obra de Recaséns, constituyen una elaboración propia de nuestra cultura jurídica”¹⁷⁸

De cualquier forma, la idea de que la Constitución contiene un sistema axiológico de valores y de que a la luz de este sistema debe afrontarse la interpretación de los derechos fundamentales se ve favorecida en nuestro caso por la expresa mención de los valores superiores y la referencia a la dignidad humana como fundamento del orden político y la paz social¹⁷⁹. Esa referencia, a su vez, se interpreta de distintas formas según la Teoría del Derecho de partida algunas posibilidades las analizaremos en el siguiente apartado. Pero en todo caso, la jurisprudencia alemana del orden de valores ha constituido una ayuda para nuestro Tribunal Constitucional a la hora de dotar de eficacia jurídica a la parte material de la Constitución.

¹⁷⁸ LLAMAS, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, UCIII-B.O.E., Madrid, 1993, pg.172. El autor cita expresamente a Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Luis Prieto, como miembros de una misma escuela; a Antonio Enrique Pérez Luño, Javier de Lucas a quienes atribuye “aproximaciones teóricas próximas a los anteriores”; a Francisco Laporta, Alfonso Ruiz-Miguel o Juan Ramón de Páramo. Representante de otros puntos de vista considera a Andrés Ollero y entre las dignas de mención sitúa “la obra de un catedrático de Derecho Administrativo como es el profesor Luciano Parejo”.

¹⁷⁹ No obstante, es un problema no resuelto el de la jerarquía de los distintos valores, ver RODRÍGUEZ MOLINERO, M., “¿Hay un orden jerárquico de valores en la Constitución?”, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución Española*, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 509-524, PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, op. cit., pg.118 y *Curso de derechos fundamentales*, op. cit, pg. 294 ,esta vez desde la perspectiva de los valores como fundamento de los derechos y, por tanto, en un plano más de Teoría de la Justicia que de Teoría del Derecho; la primacía es de la libertad igualitaria, pero, además la justicia no aporta nada a la igualdad y el pluralismo político no es ‘superior’, por lo que deberían haber sido sustituidos por la solidaridad y la seguridad jurídica que son los auténticos valores fundamento de los derechos fundamentales. O PAREJO, L., *Constitución y valores del Ordenamiento*, op. cit., pg. 134 y 137, para quien los valores pueden estar positivados o no y si lo están ser constitucionales (superiores o normales) y ordinarios; los valores superiores –además de los enumerados en la Constitución se incluye la dignidad humana- se caracterizan porque tienen un mismo rango formal, “esta específica construcción de la estructura interna del orden de los valores superiores –agrupación en conjuntos de valores análogos, aunque no idénticos y en tensión recíproca, que interactúan- determina la lógica de dicho orden: la relación de complementariedad dialéctica de valores y de conjuntos de los mismos, capaz de producir una imagen valorativa coherente, una síntesis estimativa concreta en términos de la justicia propia de una sociedad humana bien ordenada”.

CAPITULO III. LA FUNCIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DERECHO ESPAÑOLA.

1. Los modelos iusnaturalistas.

1.1. La concepción 'culturalista'.

1.1.1. La crítica al positivismo y la teoría de la integración.

1.1.2. La función objetiva de los derechos desde la concepción 'culturalista'.

1.2. El 'iusnaturalismo deontológico'.

1.2.1. La Teoría del Derecho. "iusnaturalismo deontológico" frente a "positivismo jurídico".

1.2.2. La función objetiva de los derechos desde el 'iusnaturalismo deontológico'

2. Los modelos iuspositivistas.

2.1. El iuspositivismo ético y la función objetiva de los derechos.

2.2. El iuspositivismo metodológico y la función objetiva de los derechos.

CAPÍTULO III. LA FUNCIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DEL DERECHO ESPAÑOLA.

A.E. Pérez Luño¹ identifica cuatro posturas a propósito de la función objetiva de los derechos que presenta como modelos de interpretación. Hemos tenido ocasión de comprobar cómo la interpretación y la elección de una teoría sobre el estatuto objetivo de los derechos -en definitiva, de una Teoría del Derecho- están ampliamente relacionadas, sin embargo, lo que aquí enumera A.E. Pérez Luño (salvo en el supuesto de la teoría axiológica y de la 'teoría multifuncional') son más bien teorías sobre el carácter 'jurídico' de los derechos que teorías de interpretación de los derechos fundamentales: la teoría positivista, la teoría del orden de valores, la teoría institucional y la teoría iusnaturalista crítica.

La primera de estas teorías -la teoría positivista- es, en opinión del autor, incapaz de dar cuenta de lo que nosotros hemos denominado función objetiva de los derechos puesto que impondría -en lo que nos interesa- la interpretación de los derechos como *categorías jurídico-formales* conforme a las reglas del 'método jurídico tradicional' basado en la "estricta subsunción de los hechos en las normas"². Sin embargo, su concepto del positivismo es tan estricto que no coincide con el de los autores que se consideran positivistas³. En mi opinión, incluso desde el positivismo tal y como lo hemos definido con anterioridad (y que ya hemos dicho que no coincide con el formalismo kelseniano), es posible mantener la idea de los derechos como

¹ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 295-310.

² *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 298.

³ Ver PECES-BARBA, G., "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", Epílogo a *El derecho dúctil*, G. Zagrebelsky, 1ª edición, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173, pg. 162 o PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pg. 130, "según creo, la norma fundamental de KELSEN y la regla de reconocimiento de HART representan las dos respuestas más consistentes al reto planteado; ambos han abandonado el positivismo ingenuo y la concepción mecánica del razonamiento judicial, pero ambos también se esfuerzan por mantener la imagen sistemática del ordenamiento sin abrazar el puro decisionismo judicial." Una crítica a la concepción de la Constitución como un orden axiológico formulada desde el positivismo la encontramos en FORSTHOFF, E., *El Estado en la sociedad industrial*, trad. L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, por ejemplo, pp. 106-108, aunque en mi opinión y como pone de manifiesto ALEXY, R. a propósito de sus consideraciones sobre la crítica a la teoría axiológica, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 170 y ss, no se trata de objeciones que se formulen desde una teoría jurídica, sino desde una ideología -en este sentido hablábamos en su momento de la objeción liberal y de la objeción del Estado de Derecho-

criterios del ordenación del sistema y veremos cómo hay autores que así lo hacen. Así, tendremos ocasión de estudiar la teoría de L. Prieto. Pero, según vimos en el capítulo anterior, se hace necesario, para atribuir a los derechos algún tipo de función objetiva, pensar en ellos como elementos distintos de las reglas o admitir que las normas que los contienen admiten un tipo de 'interpretación' distinto del que normalmente se asocia con el de las reglas.

La "teoría del orden de valores" atribuye a los derechos "una función integradora al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento. Al propio tiempo, los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar"⁴. El precursor de esta teoría es, en opinión del profesor Pérez Luño, R. Smend y en nuestra cultura jurídica se adhiere a ella el profesor P. Lucas Verdú⁵. Hay que decir, sin embargo, que es unánime considerar que los derechos forman parte del orden axiológico constitucional y parte de nuestro trabajo consistirá en analizar qué sentido tiene esta idea en conexión con las distintas teorías sobre la juridicidad. Aquí "teoría del orden de valores" queda reservado a aquellas teorías que prolongan los presupuestos bajo los que se desarrolla originariamente, pero ya dijimos que a partir de la influencia de esa teoría, el Tribunal Constitucional Alemán desarrolla una 'jurisprudencia de valores' que incide en la construcción de la función

⁴ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 298.

⁵ Ver al respecto LUCAS VERDÚ, P. , *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de R. Smend*, Tecnos, Madrid, 1987, donde el autor se manifiesta en sentido similar a Pérez Luño. y SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. José María Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, de modo especial la Tercera Parte, "Contenido material del carácter integrador de la Constitución. Especialmente los derechos fundamentales", pp. 225-234, donde afirma, "la reivindicación, contraria a la concepción tradicional, del carácter político de los derechos fundamentales, exige una interpretación distinta de su contenido material y una nueva caracterización del sentido formal de su validez" (pg. 229) y, más adelante, "el sistema que conforman los derechos fundamentales, en tanto que son un todo fundamentado y condicionado históricamente, debe ser objeto de un estudio puramente histórico. La jurisprudencia no puede prescindir de este estudio por tres razones. En primer lugar, porque la legitimidad que proporciona el sistema de los derechos fundamentales constituye una definición del ordenamiento jurídico positivo y porque una de las principales tareas del derecho consiste en concretar el tipo y el grado de legitimidad que posee un ordenamiento jurídico positivo. En segundo lugar, porque es posible encontrar en ellos ciertas reglas para la interpretación del Derecho positivo. Y por último, porque los derechos fundamentales, en tanto que pertenecen ellos mismos al Derecho especial, sólo pueden ser aplicados como tales, partiendo del contexto global en que se inserten" (pg. 233).

objetiva de los derechos en nuestra práctica constitucional y que constituye punto de partida de las aproximaciones teóricas.

Dentro de la teoría institucional incluye A. E. Pérez Luño la teoría institucional funcionalista de N. Luhmann que, desde el punto de vista que aquí se adopta, no constituye una “teoría jurídica” y, por lo tanto, no suministra propuestas para interpretar los derechos fundamentales, y la teoría multifuncional que ha influido en los teóricos españoles a partir, fundamentalmente, de la obra de P. Häberle⁶; por lo que denominaré a estas teorías “institucionales” en un sentido muy amplio. Entre los autores que defienden una teoría institucional del tipo de P. Häberle puede citarse a G. Peces-Barba. En este punto, el profesor Pérez Luño introduce una categoría extraña en la clasificación; la teoría institucional en el sentido de P. Häberle o de G. Peces-Barba, no es una teoría que se contraponga a iusnaturalismo o positivismo, más bien se refiere al otro aspecto que determina la concepción de la función objetiva, las relaciones entre el individuo o el Estado. En definitiva, lo que hay en estos autores es una opción por un modelo republicano frente al liberal.

Continuando con la clasificación de A. E. Pérez Luño, también encontramos la teoría que el autor denomina “iusnaturalista crítica” de J.H. Ely⁷. En estas teorías la función objetiva de los derechos permanece en el liberalismo y resulta compatible con las de J. Rawls y R.Dworkin⁸. El propio A. E. Pérez Luño se considera representante de esta corriente.

Esta tipología del profesor Pérez Luño resulta ilustrativa a la hora de dar cuenta de las distintas posiciones presentes en nuestra cultura jurídica y de su relación con

⁶ *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, trad de A. Fusillo y R. W. Rossi, ed. P. Ridola, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, traducción castellana de esta versión por C. Ramos en Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel, 1997; “Recientes desarrollos sobre los derechos fundamentales en Alemania”, trad. de L. Parejo, *Derechos y Libertades*, n°1, 1993, pp. 149-167; “El legislador de los derechos fundamentales”, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, ed. A. López Pina, Civitas, Madrid, 1991, pp. 99-124, “El concepto de los derechos fundamentales”, trad. M.J. Fariñas, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, ed. de J. M. Sauca Cano, B.O.E. -U.C III, Madrid, 1994, pp. 81-126.

⁷ ELY, J.H., *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

⁸ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 307-309. Ver también DELGADO PINTO, J., “La función de los derechos humanos en un régimen democrático” (Reflexiones sobre el concepto de derechos humanos), *El fundamento de los derechos humanos*, ed. G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp.135-144.

teorías elaboradas en otros contextos; sin embargo, por un lado, recurre a criterios heterogéneos y por otro, no resalta de manera suficiente aquellos aspectos de los derechos que luego van a influir en la definición de la función objetiva. Por estas razones prefiero utilizar como criterios de clasificación el que hace referencia a la Teoría del Derecho que maneja cada autor y el que alude a su versión de las relaciones entre el individuo y el Poder Político.

En este sentido, las posiciones de Teoría del Derecho tradicionalmente enfrentadas en nuestra cultura jurídica, iusnaturalismo y positivismo jurídico, constituyen también los dos modelos desde los que se abordan los derechos. Aunque más bien, y dadas las diferentes acepciones de los respectivos términos, la diferencia entre ambos grupos se puede reconducir a la adhesión o rechazo de la tesis de la unidad de solución justa⁹. De este modo, tanto P. Lucas Verdú cuanto A.E. Pérez Luño llegan a la conclusión de que el intérprete puede encontrar la única solución justa cuando se trata de los derechos fundamentales; en este tema, las posiciones iusnaturalistas aparecen en forma de ‘concepción culturalista’ de los derechos y en forma de ‘iusnaturalismo crítico’. Por el contrario, G. Peces-Barba y L. Prieto consideran que existe un ámbito de discrecionalidad en el que la solución queda en manos del órgano competente que la adoptará por el procedimiento adecuado. No obstante, y en lo que al Estado de Derecho se refiere, sus concepciones acerca de la relación Derecho y Moral son diferentes. Estos autores ‘positivistas’ a los que pretaremos atención mantienen, no obstante, y además de las que versan sobre el sentido de ‘positivismo’, diferencias que se refieren al entendimiento de la relación individuo-Estado cuando se trata del Estado democrático.

⁹ Ver la idea que PRIETO, L., desarrolla en *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., especialmente pp. 19-81 y que acoge GASCÓN, M., en *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 15-29, “...la crisis del positivismo legalista que concibió al intérprete, y singularmente al juez, como un neutral cultivador de la lógica desembocó en dos grandes tendencias: una primera en apariencia más fiel a la tradición positivista, que intentó apurar las posibilidades de la lógica en el razonamiento jurídico, si bien para confesar finalmente que allí donde la lógica no fuese apta para fundar la decisión jurídica, se abría paso una discrecionalidad que transformaba al intérprete en un sujeto político creador de Derecho; KELSEN, ROSS O HART creo que constituyen buenos ejemplos de esta forma de ver el problema. Una segunda, por el contrario, quiso eludir esta conclusión que afectaba al corazón mismo del modelo de jurista forjado por la Ilustración y el Estado liberal y a tal fin intentó construir lo que pudiéramos llamar una nueva lógica...” (pp.17 y 18). No obstante, PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit., pg.47 excluye a Alexy, que desde otras perspectivas aparece como no-positivista, de esas posiciones sobre la unidad de solución correcta. Ver ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J. Malem, Gedisa, Barcelona, 1994.

Y es que, este es el segundo aspecto que tendré en cuenta en la contrucción de los modelos, las posiciones que veremos se mueven entre la aceptación y el rechazo del individualismo. Según una serie de ideas que ya fueron avanzadas en el primer capítulo, sólo se entienden como teorías adecuadas en el esquema que supone la inserción de la discusión en un determinado contexto aquéllas que parten del individualismo ético y que son, en este sentido, liberales. De ningún modo resulta compatible con la mentalidad de los derechos -al menos tal y como ésta se entiende tradicionalmente- la defensa de posiciones holistas u organicistas.

Por otra parte, dentro de las teorías 'liberales' en este sentido amplio, el esquema varía desde el modelo liberal al republicano e incluso ya hice notar que existen posiciones liberales desde las que no resulta posible construir un concepto de derechos que conjugue la vertiente objetiva con la subjetiva.

Decía, pues, que la forma en que los autores españoles definen la función objetiva depende de su Teoría del Derecho -básicamente de si optan por una versión de única respuesta correcta o no- y del modelo de relación individuo-Estado que pretenden hacer efectivo. Para caracterizar la función objetiva en el punto de vista interno, me parece relevante atender, en primer lugar, al concepto de Derecho al que queda referido el estatuto jurídico objetivo de los derechos fundamentales en los distintos autores. Desde esta preferencia señalaba la posibilidad de construir dos grandes modelos en la cultura jurídica española, el 'iusnaturalista' (o de única respuesta correcta) y el 'iuspositivista' (o de discrecionalidad). Cuando utilizamos la idea de 'única respuesta correcta' para clasificar los modelos teóricos presentes en la cultura jurídica española, hacemos referencia a una idea que afecta a cómo los distintos autores entienden la tarea de interpretación-aplicación del Derecho; se trata, ciertamente, de una caracterización parcial, pero que, en mi opinión, permite englobar multitud de teorías que difieren en otros aspectos.

Fundamentalmente los autores que rechazan la discrecionalidad parten de la insuficiencia del positivismo sobre la base de muy distintos argumentos¹⁰ que merece

¹⁰ En buena medida vinculados al aspecto mencionado con anterioridad de la superación del modelo de organización política Estado de Derecho, por el Estado Constitucional, por lo que también podemos llamar a estas teorías 'constitucionalismo positivista'. Ver GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 62-66.

la pena sintetizar en los aspectos que entendemos más relevantes para la construcción de una función objetiva de los derechos para entender en qué consiste la crítica¹¹. Fundamentalmente, esos aspectos son reconducibles a dos grandes grupos de cuestiones, las que se refieren al positivismo teórico y las que afectan al positivismo metodológico; en el primer bloque, la crítica al positivismo vendría a concluir que el positivismo jurídico no ofrece un concepto adecuado de lo que es el Derecho en el Estado Constitucional, en el segundo que un método jurídico que parte de la separación entre Derecho y Moral no permite la correcta comprensión del Ordenamiento del Estado Constitucional.

En cuanto a la primera de las cuestiones enunciadas, cabe decir que con las Constituciones se recupera la idea del Derecho Natural de que las normas para ser jurídicas deben poseer ciertos contenidos de justicia; ya no es posible definir el Derecho a partir de la coacción -que en los distintos positivismos adopta distintas formas-¹².

La crítica al positivismo conceptual afecta fundamentalmente a cómo se configura la función dogmática jurídica de los derechos fundamentales puesto que, en lo que a éstos respecta, supone la imposibilidad de elaborar una teoría jurídica de los derechos independiente de su vinculación ética. Básicamente, se dice, los derechos fundamentales se encuentran en el sistema no en virtud de una práctica social sino por su carácter ético que permanece una vez positivizados. Por ello, cuando nos encontramos ante un derecho fundamental -aunque se encuentra en un texto normativo- no nos encontramos ante una norma cualquiera, sino ante un 'valor' y este

¹¹ PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit., realiza una operación similar a propósito de la incidencia del constitucionalismo en cada uno de los aspectos del positivismo jurídico (ideológico, teórico y metodológico). Como muy bien señala el autor, tanto el constitucionalismo no positivista cuanto el 'positivismo ideológico' en su versión *débil* terminan por coincidir en cuanto a la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho del 'Estado Constitucional'.

¹² NINO, C.S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pg. 23, considera que los positivistas se caracterizan por mantener "la posibilidad de definir el derecho, de individualizar cierto sistema jurídico y de describir su contenido, teniendo sólo en cuenta propiedades de hecho, sin necesidad de incurrir en consideraciones valorativas sobre la justicia, adecuación axiológica o moralidad de los fenómenos que son objeto de tal definición, identificación o descripción. Las propiedades fácticas que son tenidas en cuenta en las definiciones de derecho que estos pensadores proponen son, generalmente, la existencia de prácticas sociales, en las que participan relevantemente quienes tienen acceso a un cuasimonopolio de la coacción en un territorio dado, y que rigen las condiciones para emitir prescripciones sobre el uso de tal coacción".

carácter axiológico determina la interpretación y la forma en que los derechos deben hacerse eficaces. Junto a ello, cuando estamos ante un sistema que se considera constitucional, debemos presuponer la validez de todos los 'derechos fundamentales' que, de esta forma, siempre resultarán exigibles.

Los modelos de positivismo más extendidos entre los autores españoles son los que podemos denominar 'kelseniano' y el 'hartiano' (de incorporación más reciente)¹³. La opinión de Nino -tamizada por la preferencia de este autor por el modelo de Hart-, es que el concepto kelseniano es normativo hipotético, por cuanto el derecho está integrado por aquellos estándares que son hipotéticamente válidos y que, en consecuencia, deben hipotéticamente ser aplicados en el empleo de la coacción estatal, por haber sido prescritos por fuentes que se supone autorizadas para hacerlo; puesto que, como decíamos en otro lugar, el modelo se incorpora a nuestra cultura jurídica fundamentalmente a través de la lectura de N. Bobbio, la validez de este concepto deja de ser hipotética. El concepto hartiano es un concepto 'descriptivo institucional de derecho' según el cual conforma el Derecho "aquellos estándares que son de hecho reconocidos por los «órganos primarios» ... por la razón de que fueron prescritos por cierta autoridad o fuente"¹⁴. El uso de 'normativo' o 'descriptivo' para calificar los respectivos puntos de vista puede resultar controvertido desde el momento en que a él subyace la idea de que siempre que se habla de 'deber ser' se hace referencia a una obligatoriedad moral¹⁵; si rechazamos esta idea las dos concepciones son descriptivas. Por otra parte, en la teoría de Nino, como en la de Hart, el momento determinante para establecer un concepto de Derecho es el de su aplicación por los jueces y tribunales; en mi opinión, es preferible -por esta razón-

¹³ RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

¹⁴ NINO, C.S., *Derecho, Moral y Política. una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit., pg. 37

¹⁵ La afirmación de RUIZ MANERO, J.R., *Jurisdicción y normas*, op. cit., pg. 17 en el sentido de que "desde el punto de vista de una teoría descriptiva del Derecho como la hartiana, los enunciados que afirman deberes judiciales no constituyen juicios normativos plenos referentes a lo que los jueces *deben* (moralmente) hacer, sino meros juicios descriptivos acerca de lo que a los jueces *les es socialmente exigido* (por quienes aceptan la regla de reconocimiento) que hagan" es extensible a la concepción de Kelsen. NINO, C.S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit., pg. 39 está utilizando validez como 'obligatoriedad' que no tiene por qué ser la idea que se maneje desde este concepto y que, además, en él asume un sentido moral que no es común a todos los usos del término. Ver MENDONÇA, D., *Exploraciones normativas. Hacia una Teoría General de las Normas*, Fontamara, México, 1995, pp. 42

diferenciar los dos modelos positivistas atendiendo a que el modelo de Hart pone su punto de mira en la 'adjudicación' (entendida como 'función judicial') para elaborar el concepto de Derecho mientras en el modelo kelseniano (a veces se le denomina 'continental') este momento queda oscurecido en beneficio del papel de la creación-aplicación a la hora de construir un concepto de validez y, en consecuencia, de Derecho. De cualquier forma, tanto desde un modelo cuanto desde otro, los derechos sólo forman parte del Derecho cuando se traducen en normas válidas, lo que ocurre cuando se incluyen en el sistema teniendo en cuenta los criterios correspondientes o bien cuando son reconocidas como tales por los jueces. Su contenido no les hace, sin más, válidos y, por tanto, jurídicamente vinculantes.

En ocasiones las críticas más concretas se dirigen a aspectos vinculados a uno u otro modelo. Es frecuente la crítica a la teoría positivista de las fuentes que arremete fundamentalmente contra el modelo de Kelsen. Se viene a decir, que desde el momento en que las Constituciones contemporáneas -que ya no son leyes- pretenden hacerse eficaces, la ley pierde su posición de preeminencia. Por encima de ésta se encuentran la Constitución y las decisiones del órgano encargado de hacerla efectiva.

Con ello se produce el efecto de que el Poder Judicial -cuando el control de constitucionalidad es difuso- y el Tribunal Constitucional -cuando es concentrado- aparecen como órganos superiores al legislativo. La alteración de la distribución de poderes es mayor cuando se reconoce que los derechos fundamentales (que son las cláusulas materiales por excelencia de la Constitución) desempeñan una función objetiva, esto es, que deben hacerse valer con independencia de que existan posiciones subjetivas concretas en juego. Cualquier decisión de los poderes públicos puede ser enjuiciada a la luz del sistema de derechos fundamentales. Es lo que Böckenforde considera función teórico-constitucional.

Cuando la crítica sobre la base del mismo argumento se enfrente a la otra versión del positivismo señalará que los jueces -lejos de decidir discrecionalmente en las 'zonas de penumbra'- están vinculados por ciertas pautas y principios morales -el ejemplo por excelencia lo constituyen los derechos fundamentales- por el mero hecho de ser morales y con independencia de que hayan sido incorporados en la regla de

reconocimiento¹⁶. De este modo, forman parte del Derecho tanto las normas identificables en virtud de la regla de reconocimiento cuanto aquellos otros principios no incluidos pero que vinculan al juez.

En lo que respecta al segundo de los aspectos del argumento en contra de la discrecionalidad, decíamos que podíamos resumir la crítica en la idea de que un método jurídico que parte de la separación entre Derecho y Moral no permite la correcta comprensión del Ordenamiento del Estado Constitucional. Este método no nos permite saber qué es Derecho, ni individualizar un sistema jurídico, ni mucho menos conocer su contenido para saber a qué atenernos.

El argumento, que también podría ser denominado de la certeza sería el siguiente. Los jueces tienen la obligación de aplicar el Derecho, de éste forman parte, además de las normas que se pueden identificar recurriendo a ‘prácticas sociales’ una serie de elementos que valen por su naturaleza moral y cuyo carácter vinculante no es, por tanto, una cuestión de hecho (hasta aquí estoy apuntando ideas que veíamos en el punto anterior). Para saber qué van a decidir los tribunales -o, de otra forma, qué normas debemos tener en cuenta como ‘razones para la acción’- es preciso un método jurídico que nos permita conocer también esos otros estándares y saber cuál será la respuesta correcta, y que sirva al juez para encontrar criterios de decisión que deben constituir ‘razones morales’ si queremos que la decisión ‘obligue’.

Aquí las propuestas se diversifican. Tendremos ocasión de estudiar con cierto detenimiento los modelos de P. Lucas Verdú y de A.E. Pérez Luño porque estos autores desarrollan modelos de ‘función objetiva’ de los derechos fundamentales. Sin embargo, existen otros modelos en nuestra cultura jurídica, cabe señalar el que representan M. Atienza y J. Ruiz Manero que, como veíamos, pasa por considerar el razonamiento jurídico como una especialidad del razonamiento práctico general; en su

¹⁶ En la concepción de ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 162-163 se toma la idea de una zona de penumbra de la regla de reconocimiento donde el razonamiento judicial no se diferencia del ‘razonamiento ético’. Ver también del segundo de los autores citados en esta nota *Jurisdicción y normas*, pp. 181-198, pg. 198 “podemos imaginar, así, el caso de un juez que, sin incurrir en inconsistencia alguna, fuera hartiano en el terreno de la teoría del Derecho y dworkiniano a la hora de fundamentar sus decisiones (para no complicar el ejemplo, supondremos que el juez opera en el contexto de un ordenamiento que él mismo considera justificado). Dicho juez, enfrentado al caso A., constataría hartianamente, primero, que los estándares jurídicos no le exigen X y no-X y fundamentaría dworkinianamente, después, su decisión X (o no-X) sobre la base de la teoría política que, a su juicio justificara mejor el Derecho establecido”.

esquema, los derechos fundamentales contienen los valores últimos del sistema, y, por tanto, constituyen los criterios últimos de justificación de las decisiones jurídicas. O, desde otra perspectiva, el de A. Ollero para quien se produce, con la Constitución Española, una vuelta al iusnaturalismo 'premoderno'.

De esta forma, el poder judicial -o el Tribunal Constitucional- se sitúan por encima del legislativo, pero no son órganos que actúen discrecionalmente, sino que se encuentran sometidos a esa moralidad de la que forman parte aquellos elementos a que se refiere la crítica.

El método exige, por otra parte, una cierta 'integración' que supone una comunidad de valores (en su grado mínimo puede ser el pluralismo, pero en su grado máximo puede remitir a una moral particular) desde la que se desarrollan el derecho, la moral y la política. Y esa 'integración' -que es ajena, por otra parte- al significado del 'Estado liberal'¹⁷ - es la que hace posible hablar de una Constitución en sentido 'material'.

El ámbito de los derechos fundamentales es el contexto en el que esta crítica al positivismo se hace más evidente; pero también la idea de que las Constituciones contienen una serie de derechos que es preciso hacer eficaces constituye en muchas ocasiones -y como señalaba con anterioridad- el punto de partida de la crítica al positivismo. Aunque lo sustancial de dicha crítica ha quedado esquematizado en los párrafos precedentes, conviene prestar atención a dos argumentos que frecuentemente se utilizan contra el positivismo y que en cierta medida parten de teorías contradictorias de la sociedad y del Estado.

Me refiero, por un lado, a la idea de Dworkin de que los derechos morales deben concebirse como triunfos de las minorías frente a la mayorías que no pueden ceder ante consideraciones que a su vez no estén basadas en derechos morales y, por otro, a la idea que resume Zagrebelsky pero que utilizan muchos autores de que sólo si se supera el liberalismo es posible hacer efectivos los 'derechos sociales'. La primera, supone una crítica al positivismo que deja a salvo el 'liberalismo', la segunda utiliza contra el positivismo la vinculación con el iusnaturalismo. Es

¹⁷ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2ª edición, trad. de M. Gascón, Trotta, 1995, pg. 22. Aunque en Dworkin la integración se basa precisamente en los principios políticos liberales.

interesante subrayar que existen los dos tipos de argumentos porque los dos modelos españoles que vamos a tratar utilizan el segundo. Sin embargo, también existen autores en nuestra cultura jurídica que, como Dworkin, emprenden la crítica al positivismo sin abandonar el 'liberalismo' -siempre entendido como modelo en que la función predominante de los derechos sigue siendo la función subjetiva-. No obstante, y precisamente porque los derechos funcionarán primordialmente como 'derechos subjetivos', sólo entrarán en juego cuando se trate de garantizar -de modo concreto o en abstracto- posiciones subjetivas, por lo que detenernos en la descripción de la función objetiva en estos modelos carece de sentido y es preferible realizar las oportunas matizaciones al hilo de la descripción del aspecto subjetivo.

Conviene realizar una mención especial a propósito de la teoría de L. Prieto. El modelo de este autor se mantiene en el positivismo, supone una concepción liberal en el sentido antes explicado -de 'primacía' de la función subjetiva sobre la función objetiva- y realiza una defensa a ultranza del carácter fundamental de los derechos sociales¹⁸ Básicamente se puede resumir su modelo, que desarrollaremos con posterioridad, desde la idea de que la eficacia de los derechos sociales sólo es posible si se mantiene la función históricamente atribuida a los derechos fundamentales que consiste precisamente en constituir armas del individuo frente al Estado. Los derechos en el punto de vista interno, desde esta perspectiva se convierten en 'normas de segundo grado' que sirven para la interpretación de las restantes normas en los términos que desarrollaremos con posterioridad.

A continuación, tendré ocasión de pasar revista a los modelos que se desarrollan en la cultura jurídica española. Los criterios de construcción de los modelos ya anunciados tienen que ver con el concepto de Derecho al que se asocia la idea de derechos, así obtendré un bloque de teorías iusnaturalistas y otro de teorías iuspositivistas. A su vez, dentro de estos modelos hay que diferenciar en cuanto al tipo de iusnaturalismo o iuspositivismo y en cuanto al esquema de relación entre los intereses individuales y el interés general que cada autor considera adecuado y que condiciona el contenido de que se dota a la función objetiva. Conviene tener en cuenta

¹⁸ PRIETO, L., "Algunos problemas de la fundamentación de los derechos humanos", *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 17-70, y "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 69-116, 69-73.

también este aspecto a efectos de una mejor comprensión de la relación entre la función objetiva y la subjetiva en las teorías que se analizan.

— Para una mejor comprensión de cómo los distintos autores diseñan su teoría de la función objetiva, estructuraré el análisis a partir de la distinción de Böckenforde entre una función dogmático jurídica (en la que se desarrolla la construcción de un concepto de derechos adecuado para dar entrada a la función objetiva), teórico-estatal (muchas veces es el punto de partida de la crítica, se trata de ver el modelo de Estado en el que cada autor inserta su definición de la función objetiva) y teórico-constitucional (en este caso trataremos de ver en qué medida se altera en las distintas teorías la distribución de poderes que se entendía como compatible con el carácter tradicional de los derechos como defensa del individuo frente al poder para hacer posible la ‘función objetiva’).

1. Los modelos iusnaturalistas.

Las posiciones a que me voy a referir a continuación se caracterizan porque manejan un concepto iusnaturalista de Derecho. Cada uno de los autores que tomaré como representativos utiliza una versión distinta del iusnaturalismo, pero ambos se separan del postulado metodológico de la separación entre el Derecho y la moral.

Por otra parte, es difícil aplicarles la distinción que tracé al analizar el significado de la función objetiva en el punto de vista externo y ello porque los dos modelos que allí se contemplan eran 'liberales' por cuanto arrancan del individualismo ético. Al contrario, el planteamiento que aparece representado por P. Lucas Verdú, no puede considerarse liberal en ningún sentido. En cuanto a la teoría que defiende A. E. Pérez Luño, no resulta claro si acepta los presupuestos individualistas que considero presentes en el concepto de derechos. De cualquier forma, este último planteamiento aparece próximo al modelo republicano.

1.1. La concepción 'culturalista'.

En la obra de P. Lucas Verdú¹⁹, se presta un interés primordial a la función objetiva de los derechos que, desde su perspectiva, resultan más importantes para entender qué supone el Estado de Derecho y el Derecho mismo en las sociedades contemporáneas en cuanto valores que en cuanto 'derechos subjetivos'. El problema fundamental de esta teoría es, como veremos, su compatibilidad con el concepto de individuo que aparece acogido en el -en la medida en que pueda emplearse esta expresión- 'núcleo' de certeza de la Constitución.

1.1.1. La crítica al positivismo y la teoría de la integración

El autor rechaza la compatibilidad del positivismo jurídico con el auténtico

¹⁹ El autor no es, a diferencia de los otros que utilizamos en este capítulo para construir los distintos modelos, filósofo del Derecho. Sin embargo, por el carácter de su obra, me parece adecuado como punto de partida.



sentido del 'Estado de Derecho'²⁰. Básicamente, su crítica se puede reconducir a la idea -también presente en A.E. Pérez Luño- de que no es posible desarrollar una metodología jurídica independiente del concepto de Derecho que, a su vez, depende de la Teoría Política²¹. De este modo, desde la crítica al Estado de Derecho en su versión liberal-burguesa argumenta en contra del positivismo jurídico y la alternativa la construirá desde la teoría de la integración que -como veremos- implica una concepción de lo político distinta de la liberal.

El punto de partida de su crítica lo constituye la idea de que la Constitución no puede reducirse al 'texto constitucional'. La Constitución española contiene un sistema axiológico que sólo puede realizarse mediante una transformación estructural²² y este objetivo resulta de imposible cumplimiento si la concepción de los derechos fundamentales se mantiene en la perspectiva "técnico-jurídica" -que es la propia del iuspositivismo- desde el momento en que supone abandonar la idea de la Constitución como 'derecho positivo' y del 'Derecho Constitucional' como 'dogmática/ciencia jurídica'.

En este sentido, la 'lucha por el Derecho' (de la que el profesor Lucas Verdú considera que forma parte la *lucha contra el positivismo jurídico*) en su aspecto metodológico que es el que en este momento más me interesa²³ se presenta,

²⁰ LUCAS VERDÚ, P., "Estado de Derecho y Justicia Constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación". *Revista de Estudios Políticos*, nº 33, 1983, pp. 7-48, básicamente señala cómo la Justicia Constitucional aparece como la 'máxima expresión' del Estado de Derecho (pg. 8), y cómo ésta es inviable si se entiende que 'el derecho es ordenación de la desigualdad y el derecho y el ordenamiento jurídico son productos estatales' (pg.21 y 22).

²¹ En términos más generales, tanto la Teoría jurídica cuanto la Teoría política se integran en un contexto cultural. Ver una aplicación de esta idea al estudio de la teoría kelseniana en "El orden normativista puro (supuestos culturales y políticos en la obra de H. Kelsen)", *Revista de Estudios Políticos*, nº 68, abril, junio, 1990.

²² LUCAS VERDÚ, P., "Nueve de diciembre de 1931; seis de diciembre de 1978: dos fechas clave en la lucha por los derechos y libertades fundamentales en España", *Anuario de derechos humanos*, nº, 1983, pp. 242-273, pg. 244 "apunta a la transformación de las estructuras socioeconómicas, culturales y tecnológicas de la sociedad española mediante la constitucionalización de los valores y de los postulados de cultura que integran nuestra convivencia política, de acuerdo con una sociedad democrática avanzada".

²³ Desde perspectivas diversas a la metodológica, la 'lucha por el Derecho' en que LUCAS VERDÚ, P., traduce la lucha contra el positivismo jurídico "también se puede estudiar y analizar: b) como principio funcional; es decir, fijándose en las llamadas "reglas del juego jurídico-político", como una competición libre. En el fondo se trata de una transposición de las reglas del mercado económico libre al mercado político pluralista, edulcorados con matices deportivos: fair play, cortesía parlamentaria, etc. Por último, la lucha por el Derecho aparece: c) como fundamento y finalidad del Derecho y del Estado". *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La Teoría Constitucional*

precisamente -y en la línea de crítica al positivismo a la que hacía referencia con anterioridad-, como postulado frente al positivismo formalista y supone “la *revisión crítica, profunda y extensa de muchos de los tópicos del formalismo jurídico y de los dogmas positivistas*: identificación cuasi-absoluta de ley = Derecho; negación de las lagunas de la ley; exaltación del Derecho escrito y codificado; supeditación mecanicista del juez a las normas legales; consideración de la ley como única y exclusiva fuente del Derecho. En el campo del Derecho constitucional, supone el considerar el examen de la Constitución y del ordenamiento constitucional con criterios del Derecho privado y/o del Derecho administrativo, interpretándola, *mutatis mutandis*, según los criterios y técnicas de estas ramas jurídicas”.

En la obra de P. Lucas Verdú, no existe, sin embargo, una crítica sistemática al positivismo como metodología jurídica. Más allá de la idea de que fue el positivismo el causante del desastre nazi (que, por tanto, podría haberse evitado si los juristas se hubieran hecho eco de teorías del tipo de la que el profesor Lucas Verdú propone) existen críticas puntuales. En primer lugar se dice que el positivismo fracasa cuando intenta dar el paso de la norma a la “vertiente institucional”, esto es, a la idea de que el Derecho es algo más que un conjunto de normas; veremos que, para este autor, sólo si se considera que del Derecho como fenómeno cultural del que forman parte realidades axiológicas es posible una explicación adecuada del conjunto. Y en lo que a los derechos fundamentales se refiere, dirige al método positivista tres objeciones; en primer lugar, la seguridad jurídica del positivismo es compatible con la máxima inseguridad²⁴, y ello porque no proporciona criterios para resolver en caso de que las circunstancias sociales hagan insuficiente la norma de modo que la solución queda en manos del órgano que decide -frente a ello, proporciona mayor seguridad la idea de que el juzgador decidirá sobre la base de una ponderación conforme a un sistema axiológico en el que el derecho se encuentra-. Por otra parte, “el positivismo legalista es incapaz de arbitrar procedimientos adecuados para resolver los problemas socioeconómicos de los derechos

de Rudolf Smend, Tecnos, Madrid, 1987, pp.191-192. Cuando pasemos revista a las objeciones que pueden formularse a la teoría de este autor, tendremos ocasión de subrayar que no siempre está claro a qué aspecto de la teoría positivista dirige sus críticas ni a cuál de ellos responden sus alternativas.

²⁴ LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, op. cit., pp.141 y ss.

humanos por varias razones. Ante todo porque los enfoques positivistas no captan, ni ofrecen, razón suficiente de la dignidad de la persona humana en cuanto *prius* ontológico y deontológico a cualquier norma positiva que requiere para su desenvolvimiento un cierto grado de bienestar”²⁵. Por último, sólo si se supera la visión del positivismo es posible dar cuenta de la “función objetiva” de los derechos fundamentales²⁶.

Por todo ello, a la perspectiva ‘técnico-jurídica’ de aproximación a los derechos fundamentales opone la ‘jurídico-política’ que surge de la toma de conciencia de que “...los derechos fundamentales no son derecho administrativo, derecho específico de policía, derecho privado, etc., sino derecho constitucional. Es decir, no son *novellae*, leyes técnicas especiales, no pueden comprenderse técnicamente. Su misma expresión textual indica con fuerte intencionalidad que comprende contenidos culturales que reconocen”²⁷.

Como se desprende del párrafo transcrito, la concepción de los derechos fundamentales del profesor Lucas Verdú, se inserta en toda una forma de entender el ‘derecho constitucional’ que lo diferencia del derecho privado y del derecho público desde el momento en que le asigna por objeto “el proceso de vida del Estado, o sea, su constante creación y renovación, regulada por la Constitución”²⁸ y cuyos “postulados vertebradores...proceden, según los diferentes casos, de la filosofía, de la sociología y, últimamente, de la Ciencia política y de las modernas corrientes del análisis lingüístico”²⁹. La teoría de P. Lucas Verdú es explícitamente deudora de la teoría de la integración del Estado de Rudolf Smend³⁰; pero la teoría de la integración supone, como señalaba con anterioridad y como en parte se pone de manifiesto en la

²⁵ LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales. Los valores y los principios rectores del Ordenamiento Constitucional español*, op. cit., pp. 150 ss.

²⁶ LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales. Los valores y los principios rectores del Ordenamiento Constitucional español*, op. cit., pp. 95-96.

²⁷ LUCAS VERDÚ, P., “Nueve de diciembre de 1931; seis de diciembre de 1978: dos fechas clave en la lucha por los derechos y libertades fundamentales en España”, op. cit., pg. 249.

²⁸ LUCAS VERDÚ, P., “Nueve de diciembre de 1931; seis de diciembre de 1978: dos fechas clave en la lucha por los derechos y libertades fundamentales en España”, op. cit., pg. 248

²⁹ LUCAS VERDÚ, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987, pg. 74.

³⁰ SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional...*

cita reproducida, un concepto característico de persona, un nuevo concepto de Estado y una distinta versión de las relaciones entre ambos. Es desde esta serie de opciones desde la que se considera insuficiente el positivismo. En la concepción de P. Lucas Verdú, el Estado y el Derecho aparecen como realidades culturales que -esto es lo específico- mantienen su naturaleza una vez “juridificados”. Esto es, el Estado sometido a Derecho no es mera forma y el Derecho mismo no puede ser comprendido sólo desde la normatividad. Por esta razón el Derecho Constitucional no puede ser “positivista”³¹.

A grandes rasgos P. Lucas Verdú critica la concepción positivista del Estado constitucional, que desde los presupuestos de esta concepción es “el que se halla impregnado de juridicidad más que cualquier otra forma conocida de Estado”³². Desde el método técnico-jurídico los elementos constitutivos del Estado Constitucional asumen una determinada forma: la división de poderes supone que el poder político se parcela en competencias jurídicas, “los derechos fundamentales configuran la relación individuo-comunidad como una relación jurídica que se esfuerza en su ámbito por corregir cualquier relación de poder, la “voluntad política transformadora” sólo puede expresarse jurídicamente³³. Sin embargo, el positivismo jurídico fracasó en Weimar en su empeño por someter las relaciones “sociopolíticas” a Derecho porque no tiene en cuenta que para hacerse eficaz, la vigencia debe *sentirse* “como propia y conveniente porque sintoniza con el libre desarrollo de la dignidad y libertad de la persona humana”³⁴.

³¹ Aunque el autor señala que “conviene no exagerar relativizando la normatividad jurídico-constitucional a dimensiones irracionalistas”, LUCAS VERDÚ, P., *La lucha contra el positivismo...*, op. cit., pg. 186.

³² *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit., pg. 216.

³³ *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit., pg. 216.

³⁴ *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit., pg. 220. En este camino de la correcta comprensión del Estado constitucional se encuentran las orientaciones modernas del positivismo jurídico desde la visión tridimensional del Derecho: “prescindiendo de la teoría pura del Derecho y de sus seguidores, se advierte en las modernas direcciones técnico-jurídicas el afán por normativizar factores políticos innegables... Sin mengua de las exigencias normativas se han *integrado* en los ordenamientos constitucionales estos elementos y datos previos, no creados por el legislador. Pero su *originalidad* y su *dación* (lo *dado* frente a lo *construido*, GENY) condicionan. Como condiciona asimismo el *contenido esencial de los derechos fundamentales en cuanto derechos humanos*”, pg. 221. Sin embargo, no consigue superar las limitaciones del positivismo, cuyo método se caracteriza, en opinión de P. Lucas Verdú, por rechazar la metafísica. Según el tipo de positivismo frente al que nos situemos, metafísica significará una cosa u otra; así, metafísica será lo extranormativo desde positivismo formalista -Kelsen- o voluntarista -Jellinek-, lo ajeno a la facticidad de

La opción no es tanto iusnaturalismo o positivismo jurídico cuanto estimativa jurídica-positivismo jurídico, entendiendo la estimativa jurídica como “iusnaturalismo crítico”³⁵. La virtualidad de este método estriba en que evita reducir el Derecho positivo al Derecho natural (“a los valores y datos sociales subyacentes”) pero tampoco “reduce el Derecho a la normatividad, olvidando, o desdeñando, su faceta institucional”³⁶. El autor español busca una alternativa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico que no le lleve al iusnaturalismo -en Teoría del Derecho la referencia la encuentra en la idea desarrollada por L Recaséns³⁷ de que no es posible escindir la comprensión del ser del Derecho de la idea de valor-. Por lo que se refiere a su concepción de los derechos su punto de partida lo constituirá, como ya señalé, R. Smend.

El profesor Lucas Verdú es consciente de que R. Smend no sirve como referencia directa de los autores de la Constitución de 1978³⁸, como tampoco lo fue de la de 1931; sin embargo, advierte que es posible aplicar sus tesis al catálogo de derechos de la Constitución de la Segunda República Española y, a través de la influencia que de ésta recibe, a la Constitución actual. Por ello pretende recuperar ciertas ideas -de Smend en la construcción de la Teoría de los derechos fundamentales de la Constitución de 1978. Fundamentalmente, su concepción de los derechos se articula sobre dos elementos, la ‘apertura constitucional’ y los derechos como ‘valores

los hechos sociales si se trata del positivismo sociologista de Duguit. De este modo “no sólo se rechazan las disquisiciones de la escolástica decadente y las renovaciones posteriores a través de los tiempos, sino también las magnitudes psicológicas (DUGUIT, KELSEN), las filosóficas (todos), las ideológicas y políticas (KELSEN), las valorativas (todos) y los factores socioeconómicos (menos DUGUIT) en el campo normativo e institucional”, (pg. 211) Si las teorías ‘tridimensionales’ se mantienen en el ámbito del positivismo, no son capaces de dar cuenta de la vertiente ‘institucional’ del Derecho (antes me referí a este aspecto), puesto que no reconoce estos valores -que desde las teorías “tridimensionales” también forman parte de la determinación de la juridicidad- como una realidad previa que integra el Derecho y el método que se aplica continúa siendo el método técnico-jurídico.

³⁵ Que no es el de ELY, J., *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, op. cit.

³⁶ Ver *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit., pg. 211.

³⁷ Aunque existen considerables diferencias entre uno y otro autor que se refieren de modo esencial a la forma de entender cómo el individuo se inserta en la colectividad.

³⁸ En *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, denuncia la excesiva mediatización por la doctrina italiana a que se ve sometida nuestra doctrina posterior a la Constitución aunque en mi opinión, estas ideas de P. Lucas Verdú recupera de Smend, tienen incidencia en la cultura jurídica española desde la Constitución a través de otra vía, me refiero a la obra de Recaséns.

culturales³⁹.

Desde estos presupuestos es desde los que hay que entender el contenido de la función objetiva en P. Lucas Verdú. Es de notar, más adelante tendremos ocasión de referirnos a esta idea, que no siempre se hace patente en la aplicación del Derecho su función de integración, por ello, no siempre debe recurrirse al método técnico-político. Los derechos fundamentales sólo reclaman la utilización de este método alternativo al positivista cuando se pone en juego su vertiente objetiva.

1.1.2. La función objetiva de los derechos desde la concepción 'culturalista'.

Como ya señalé, para el análisis de la función objetiva en los autores españoles, partiré de la caracterización que de este aspecto realiza E.W. Böckenforde. Como se recordará, el autor alemán considera que la función objetiva de los derechos fundamentales puede explicarse si tenemos en cuenta tres ámbitos en los que actúa; de este modo, se refiere a una función dogmático-jurídica, a una función teórico-estatal y a una función teórico-constitucional. También señalé que el alcance que se atribuya a cada una de estas vertientes depende de diversas opciones previas entre las que me interesa subrayar la teoría del Derecho y la concepción de la política desde la que abordan su estudio.

Pues bien, P. Lucas Verdú entiende los derechos fundamentales como valores culturales que se convierten en el programa de convivencia del Estado de Derecho como Estado de cultura. El Tribunal Constitucional aparece como el órgano encargado de mantener la sumisión de Poderes y de los individuos a ese Derecho que va más allá de los textos jurídicos. Cada uno de estos aspectos hace referencia a la función dogmático-jurídica (los derechos son valores culturales), a la función teórico-estatal (el Estado de Derecho es un estado de cultura) y a la función teórico-constitucional (el Tribunal Constitucional se sitúa por encima de los restantes poderes por cuanto es el último responsable de la integración) respectivamente. Sin embargo, la respuesta del autor a la

³⁹ Con posterioridad la figura de R. Smend se ha visto recuperada a través de la influencia de P. Häberle en nuestra dogmática constitucional. Influencia que no es idéntica entre los autores y que no siempre asume la vertiente más vinculada a aquel autor. Ver, por un lado, LÓPEZ PINA, A., "La vocación cívica universal de Pedro Häberle", en HÄBERLE, P., *Libertad, igualdad y fraternidad, 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. I. Gutiérrez Gutiérrez, Trotta, Madrid, 1998, pp. 9-26. Y, por otra parte, pensar en la influencia de P. Häberle en G. Peces-Barba, cuyo modelo voy a desarrollar aquí, y en la distancia que separa a este autor español de las teorías de P. Lucas Verdú y A. López Pina.

función teórico-estatal de los derechos fundamentales forma parte de la reacción frente al positivismo jurídico, por lo que algunos aspectos ya los he adelantado con anterioridad.

Desde el momento en que los derechos fundamentales se convierten en normas objetivas de principio, deben tenerse en cuenta en cualquier decisión del poder constituido. De este modo, todo el Derecho queda afectado por los derechos fundamentales que son Derecho Constitucional en el sentido de P. Lucas Verdú. Hasta aquí el autor se sitúa en un lugar común, pero para entender a qué se está refiriendo cuando atribuye a los derechos fundamentales el carácter de normas constitucionales, es necesario detenerse en dos aspectos a los que con anterioridad he hecho mención; la idea de Constitución abierta y el concepto de los derechos fundamentales como valores.

Para este autor, una Constitución es abierta en la medida en que permite su modificación sin reforma. Desde su peculiar iusnaturalismo crítico, las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial pueden ser interpretadas, como “constituciones abiertas”. Se trata, fundamentalmente, del método más adecuado para la comprensión de la Constitución; “si el Estado y su Constitución son realidades culturales, vitales, dinámicas, los derechos fundamentales son concreciones de valores previos, como veremos, para cuya comprensión...es menester un tratamiento socio-cultural que sin negar las dimensiones normativo-institucionales expliquen, satisfactoriamente, el dinamismo vital-social que les anima y funda”⁴⁰.

De todos los factores a que puede abrirse una Constitución, los más interesantes son los “extranormativos”. La propia Constitución española se configura a sí misma como una Constitución abierta desde el momento en que sus normas “contienen algo más que su solemne expresión lingüística protegida, por lo general, por la rigidez

⁴⁰LUCAS VERDÚ, P., *La Constitución abierta y sus enemigos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993, pp. 16-17. La idea asume un significado distinto de la “constitución abierta” en HÄBERLE, P., “El concepto de los derechos fundamentales”, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, rev. trad. M.J. Fariñas, B.O.E.- U. Carlos III, Madrid, 1994, pp. 81-126, pp. 104-106 o “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución”, *Retos actuales del Estado Constitucional*, trad. X. Arzo Santiesteban, I.V.A.P, Oñati, 1996, pp.15-46; fundamentalmente, este autor no cree posible una Constitución sin derecho natural. La apertura no se produce, como en Häberle al “desarrollar desde la teoría y práctica constitucional la teoría de la ciencia de Popper, incorporándola a la teoría democrática y al mismo tiempo a la teoría normativa e interpretativa en particular” (pg. 35). Como tendremos ocasión de comprobar, para P. Lucas Verdú la apertura constitucional presupone ‘homogeneidad cultural’

constitucional. Este *plus* es el que permite una interpretación evolutiva adecuada a la realidad sociopolítica y explica la identidad de un texto fundamental pese a sus modificaciones expresas y/o tácitas legítimas⁴¹. El profesor P. Lucas Verdú señala cuatro dimensiones imprescindibles para una correcta interpretación y comprensión de las normas constitucionales: socioeconómica (que condiciona), ideológica (que influye), histórica (que matiza) y “estimativa iusnaturalista” (que justifica)⁴². De estas dimensiones la “estimativa” reviste una especial importancia para nuestro estudio debido a que de ella forman parte los derechos fundamentales y, según del autor que venimos estudiando, porque es precisamente en la recuperación de esta dimensión desde su normatividad donde reside la importancia del nuevo método que propone.

La norma constitucional de apertura a la dimensión axiológica es el art. 1.1 de la Constitución Española. Desde el ‘iusnaturalismo crítico’, la constitucionalización de los valores superiores supone el reconocimiento de elementos prepositivos, con lo que la Constitución Española de 1978 “supera la comprensión del ordenamiento constitucional según la óptica del positivista legalista” y cuestiona la posibilidad y conveniencia de “seguir manteniendo una concepción y tratamiento unidimensional, formalista, y/o exclusivamente técnico-jurídica del derecho constitucional y en concreto del derecho constitucional español vigente, a tenor del artículo 1.1 de la Constitución en concordancia con el artículo 10.1 y con el 103.1 que distingue, certeramente, entre la ley y el Derecho”⁴³ el nuevo método será (parece, porque en otras obras es el que contrapone a técnico-jurídico) el técnico-político. Y conforme a este nuevo método estimativo, la vinculación de los valores a la cultura no desaparece después de la positivación.

Con ello, a partir de la idea de que la Constitución no dice nada acerca del contenido de los valores que propugna como superiores, surgen dos posibilidades. En primer lugar, conforme al positivismo tradicional, los valores no serían distintos de

⁴¹ *La Constitución abierta y sus enemigos*, op. cit., pg. 45.

⁴² *Estimativa y política constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit.

⁴³ *Estimativa y política constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pp.15 y 16.

los conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, desde el método que intenta defender P. Lucas Verdú se establece una diferencia entre una y otra categoría: “los valores constitucionales aparecen con mayor claridad, son susceptibles de una descripción y explicación más satisfactoria naturalmente recurriendo a criterios suprapositivos”⁴⁴. Y ello porque los valores son valores en cuanto son sentidos como tales por los ciudadanos y, además, son atemporales lo que significa que debido a su carácter ideal son independientes de la relación de fuerza en la conformación de poder político y constituyen un orden axiológico coherente. La conclusión es que la determinación del contenido de los valores habrá que buscarla en lo que ‘culturalmente’ es sentido como valor.

Los derechos, según el profesor P. Lucas Verdú, además de constituir normas que regulan “relaciones jurídicas”, forman parte de las determinaciones estimativas de la Constitución. Por esta razón, es partidario de la ‘aplicación moderada’⁴⁵ del método estimativo a los derechos fundamentales; esto es, el método técnico-jurídico es insuficiente para dar cuenta de todas las facetas de los derechos, sin embargo tiene su ámbito de aplicación.

La distinción de ámbitos que corresponden a uno y otro método en la comprensión de los derechos fundamentales tiene que ver con la teoría de la doble naturaleza o doble función de los derechos fundamentales que desarrolla el Tribunal Constitucional, que orienta la organización de este trabajo, y que adquiere en este autor un significado peculiar. En su opinión, la distinta función de los derechos exige una distinción de métodos. La visión técnico-jurídica de los derechos sólo sirve para una interpretación ‘formalista-individualista’ de los mismos, pero no da cuenta de su ‘alcance político-

⁴⁴ *Estimativa y política constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pg. 101. La categoría sería en este caso la ‘fórmula política’, ver CANOSA, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Según CANOSA, R., la finalidad de la fórmula política es “sistematizar la Constitución material y, en definitiva, aclarar la identidad de la norma fundamental” (pg. 262). Se trata -como función principal- de actualizar la Constitución como texto mediante la ‘reactualización de la voluntad de la Constitución’. Además, la fórmula política permite, “equilibrar, al sintetizarlos, evolutividad, politicidad y elemento axiológico”; “disciplinar flexiblemente la realidad constitucional”; “evitar el peligro de convertir al sistema constitucional en una casuística”, “ordenar la diversificación del objeto de la interpretación constitucional”, pp. 266-275.

⁴⁵ *Estimativa y política constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., Capítulo III “Valores constitucionales y derechos y libertades fundamentales”, pp. 119-146.

constitucional'; para este objetivo es necesario recurrir al "iusnaturalismo crítico" o estimativa jurídica a que se refiere P. Lucas Verdú. Sólo la consideración de los derechos fundamentales como valores ha permitido al Tribunal Constitucional alemán fundamentar "en el orden axiológico su eficacia mediata respecto a terceros (drittwirkung) y su irradiación por todo el Ordenamiento jurídico, especialmente en las decisiones-medidas de la administración y para colmar los conceptos indeterminados mediante la jurisprudencia"⁴⁶.

Por tanto, dualidad metodológica que supone recurrir el uso del método estimativo cuando se trata de dilucidar cuestiones relativas al carácter objetivo de los derechos. El problema será discernir en qué situaciones se trata de cuestiones estimativas o de simples cuestiones de 'derechos individuales', más si se tiene en cuenta que el "carácter objetivo" puede modular el contenido de los derechos en cuanto situaciones jurídico-subjetivas; parece, por las consideraciones que se harán a continuación sobre la forma en que el sistema de derechos fundamentales se incardina en el conjunto axiológico de la Constitución, que la estimativa funciona para determinar el contenido del derecho y una vez éste es claro se utiliza el método técnico-jurídico⁴⁷.

La conceptualización de los derechos como valores en el sentido más arriba explicado, permite, en opinión del autor, comprender la Constitución como un conjunto axiológico completo. De esta forma se hace posible determinar el significado de todas las disposiciones y, en consecuencia, se establecen las condiciones para su eficacia jurídica.

En este sentido, y según el profesor P. Lucas Verdú la tesis -por otra parte, mantenida por los Tribunales Constitucionales federal alemán y español- de que los derechos fundamentales constituyen un orden valorativo plantea dos tipos de

⁴⁶ LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales. Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*, op. cit., pg. 121.

⁴⁷ Así, el profesor P. Lucas Verdú afirma en un comentario al párrafo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981 que introduce en nuestro ordenamiento la distinción entre función objetiva y subjetiva de los derechos que el segundo aspecto exige contemplar a los derechos fundamentales según criterios técnico-jurídicos, el primero, en cambio, pone el acento sobre la función de integración de los derechos por lo que reclama el método jurídico-político. Esta forma de articularse los dos métodos es semejante al funcionamiento de los principios y las reglas, aunque, por supuesto, desde presupuestos metodológicos distintos, puesto que ni desde la distinción fuerte ni desde la distinción débil se pretende amoldar el Derecho a las ciencias de la cultura, cosa que sí ocurre en estas otras versiones a que me refiero.

problemas⁴⁸: “el dualismo o unidad complementaria entre la parte dogmática y la orgánica de la Constitución y el problema de la unidad y plenitud de la Constitución de 1978”.

Para el primer problema existen dos tipos de respuestas, la que considera que los derechos forman un conjunto axiológico distinto del constitucional y las que consideran que los derechos fundamentales forman parte del sistema de la Constitución. Estas últimas, a su vez, se dividen entre aquellas que consideran los derechos fundamentales como un subsistema integrado en el sistema constitucional y superior con respecto a la parte “orgánica” y aquellas que entienden los derechos como un subsistema con entidad propia dentro del constitucional pero que se sitúa en plano de igualdad con el resto⁴⁹. El autor que estamos estudiando considera esta última explicación como la más adecuada para dar cuenta de la situación constitucional de los derechos fundamentales.

Así, la separación entre parte orgánica y parte dogmática de la constitución desde el punto de vista no “formalista” sino “teleológico” adoptado por P. Lucas Verdú, no tiene más valor que el didáctico (entre otras razones, porque existen, en su opinión, derechos dispersos). En definitiva, la Constitución constituye, en su totalidad, un conjunto axiológico, dentro del cual, los derechos fundamentales -ya estén situados en la parte orgánica o en la dogmática- aparecen con entidad propia.

La situación en el sistema y la relación entre los distintos derechos depende de su conexión con la “dignidad humana”. La aplicación del método estimativo permite “captar el valor sin recurrir a conceptos concretos y a una determinada tecnología y así abstraer la norma del texto”; de este modo, es posible determinar las relaciones entre los derechos con independencia de los ‘casos constitucionales concretos’ y desde el ‘valor’ de su contenido. Desde el momento en que los derechos valen aparecen como deberes a realizar, y ello con independencia de que aparezcan explicitados o no en la

⁴⁸Recoge, además, una crítica conforme a la cual “la tesis de un orden valorativo plantea más problemas que respuestas: ¿se agota la esencia de la Constitución en las afirmaciones estimativas?, ¿cuáles son los valores normativizados? ¿por qué y hasta qué punto forman un orden o un sistema?, ¿en qué medida puede cambiarse la Constitución y qué límites se fijan a tal cambio?, *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pg. 83.

⁴⁹LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pp. 85-88. El autor no se refiere a ‘sistema’-‘subsistema’, sin embargo, me parece una terminología lo suficientemente descriptiva de su pensamiento en este punto.

Constitución. Así, considerar la Constitución como un conjunto axiológico implica la “configuración normativa e institucional del Estado-aparato congruente con una sociedad plural”, lo que significa “que el Estado-aparato se limita por la Constitución interpretada por el Tribunal Constitucional en cuanto éste es la coronación del Estado de Derecho y que, además, se da una separación y cooperación funcional entre los poderes públicos”. Al mismo tiempo, “a estas limitaciones horizontales hay que añadir las verticales; derechos y libertades fundamentales, pluralismo político-social (partidos, sindicatos, asociaciones, fundaciones, iglesias) y pluralismos autonómicos”⁵⁰. Las ‘limitaciones horizontales’ suponen limitaciones y determinaciones de “contenido” de la decisión, las ‘limitaciones verticales’, por el contrario “conforman” la estructura del poder. La norma clave en este cometido es el art. 1.1 C.E. por constituir la norma de apertura constitucional. La comprensión del art. 1.1. depende de las concepciones del mundo y de la vida presentes en el momento de su elaboración⁵¹, pero parece que también de las presentes cuando se realiza la interpretación desde el momento en que el profesor Lucas Verdú admite la posibilidad de mutación constitucional con lo que conectamos con la segunda de las cuestiones planteadas.

Esta idea nos sirve como introducción al otro problema en relación con el subsistema de derechos fundamentales a que se refiere el profesor Lucas Verdú. Ahora las dificultades se presentan a la hora de determinar si el subsistema que componen los derechos es “pleno”; esto es, si la lista de derechos fundamentales es cerrada o si es posible admitir la existencia de derechos no presentes en la letra de la Constitución. La respuesta coherente con la idea de derechos fundamentales como

⁵⁰ *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pg. 81.

⁵¹ *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pg. 82. Vimos con anterioridad cómo Böckenförde mantenía la necesidad de que el Tribunal Constitucional eligiera una teoría de interpretación que permitiera alejar la interpretación de los derechos fundamentales de la casuística a que se ve sometida. El autor propone la existencia de teorías constitucionalmente “inadecuadas”, “contemplar las teorías de los derechos fundamentales como planteamientos interpretativos traibles a colación de forma opcional para la interpretación de los preceptos de los derechos fundamentales de una concreta Constitución, significa en realidad negar que esta misma Constitución concreta y vigente parte de una determinada idea de la relación de dependencia individuo-comunidad estatal, y la dota de su expresión normativa”, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. J. Requejo Pagés e I. Villaverde, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 44-71, pg. 68.

valores que maneja el profesor Lucas Verdú, es la segunda: “la lista de derechos y libertades del Título I de la Constitución, pese a su notable extensión no puede ser exhaustiva en la medida que el progreso social económico, cultural y tecnológico pueden revelar nuevas pretensiones individuales y colectivas frente al Estado o aquellos desarrollos pudieran suscitar determinadas cautelas para tutelar los valores como la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, en el caso de que su despliegue no fuese congruente con ellos”.⁵²

Ambas conclusiones son, como veíamos, consecuencia de una “interpretación teleológico-valorativa” de los derechos. Ambas apuntan a una superación de la “dimensión individualista” de los derechos. Y, en este punto, parece la concepción de Lucas Verdú, alejarse del núcleo de certeza de la expresión que delimitábamos en la primera parte de este trabajo. El alejamiento de la concepción del profesor Lucas Verdú del concepto que entiendo coherente con el modelo histórico del que es expresión la Constitución -con el ‘concepto’ constitucional-, se pone de manifiesto cuando el autor incluye en la definición de dignidad de la persona en su dimensión axiológica -idea de la que se hacen depender los derechos fundamentales- el “personalismo comunitario”⁵³. Una visión de los derechos fundamentales que se alejara del individualismo que constituye el punto de referencia de los derechos en el punto de vista externo, no participaría -en mi opinión- de la “cosmovisión” constitucional. Considero, por esta razón, que el sector de la cultura jurídica española que entiende los derechos como valores en este sentido, no se está refiriendo a los ‘derechos fundamentales’. Tampoco, por las razones antes apuntadas y a las que volveré a hacer referencia, me parece un concepto adecuado para sustituir al constitucional.

En cuanto a los aspectos de la función teórico-estatal, conviene tener en cuenta que precisamente el autor español se acerca a la teoría de la integración desde el

⁵²LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pg. 95.

⁵³ *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pg. 123-125; el “concepto e imagen del hombre” que es referencia de la dignidad humana en nuestra constitución comprende su dimensión axiológica (se trata de un iuspersonalismo comunitario) la persona en su dimensión vital, la persona “debe ser libre”, la persona *uti socius*, la persona como ciudadano participante y el *homo laboriosus* como *homo faber*.

entendimiento de que ésta constituye una propuesta de superación del positivismo que se inserta en el contexto de la república de Weimar. En este ámbito existen dos grandes modelos de Teoría 'político-jurídica'⁵⁴, la propuesta formalista representada por Kelsen y un conjunto de alternativas, que P. Lucas Verdú considera inician la construcción del Derecho constitucional y que únicamente pueden agruparse por el "antiformalismo", en las que pueden incluirse teorías tan distantes como las de Schmitt, Heller y Smend⁵⁵. El factor que, a juicio de P. Lucas Verdú, hace aparecer como la más atractiva de entre ésta y otras propuestas⁵⁶ a la teoría de la integración es su presupuesto 'político' que, como decía, aleja el Derecho constitucional del 'liberalismo' "SMEND replanteó las relaciones ciudadano-Estado", en el sentido de

⁵⁴ En este sentido, también ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1988, pg. 103 afirma que "la actitud crítica respecto de los postulados metodológicos de la Escuela de Gerber y Laband y de quien es visto como su continuador -Kelsen- no darán como resultado un planteamiento que alcance un consenso tan generalizado como los de aquella escuela bajo el III Reich". Fundamentalmente se trata de reflexiones sobre los fundamentos del Derecho Político (que se extiende sobre la ciencia jurídica) producida por la crisis de los planteamientos metodológicos de la Escuela Alemana de Derecho Público, que más que una sustitución de la dogmática, propone "criterios auxiliares"-en los que es posible detectar la influencia de la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu (pg. 110)-.

⁵⁵ LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales. (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pg. 35, "...la Teoría de la Constitución surgió como disciplina científica en la Alemania Weimariana...En el clima de la República weimariana caracterizado por la inestabilidad política y la crisis socioeconómica que condujeron al descrédito de sus instituciones, va a surgir una revisión de los postulados de la filosofía neokantiana aplicados a la teoría del derecho. Así la doctrina pura del derecho de KELSEN será atacada por los planteamientos de SCHMITT, de SMEND y otros, que plantearán serios reparos a las posiciones formalistas en el campo del derecho constitucional. La tajante separación kelseniana entre el ser y el deber ser se rechazará sea por la aplicación del decisionismo schmittiano, por la interconexión entre normatividad y normalidad (HELLER) o por la irrupción de contenidos valorativos en el orden constitucional (SMEND)".

⁵⁶ En lo que a los derechos fundamentales respecta, afirma BÖCKENFÖRDE, E. Como resumen de la situación en "Sobre la situación de la dogmática de Los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", op. cit., pp. 95-138, pp. 96-98, "durante y al final de la República de Weimar...eran considerados como garantías subjetivas de libertad frente al Estado, dirigidas ante todo contra el ejecutivo...una vinculación del legislador mismo a los derechos fundamentales era rechazada mayoritariamente; para él sólo valían como líneas orientativas...en parte a causa de su indeterminación material ...más aún, sin embargo, a causa de la idea de la soberanía del legislador estatal recibida del positivismo jurídico-público...Ciertamente, en la época de Weimar comienza también -en el marco de la revivificación de la Teoría constitucional- una profunda reflexión sobre los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales fueron considerados por algunos representantes de la Teoría del Derecho del Estado como derechos pre-estatales que el Estado se limitaba a reconocer y que por ello no estaban sujetos a ninguna disposición legislativa; por otros, como normación de un sistema cultural y de valores acuñado nacionalmente en el que el pueblo se sabe unido y del que recibe su legitimación el Ordenamiento jurídico-estatal positivo. Ello no obstante, estos inicios no condujeron todavía en la época de Weimar a una praxis jurídica y a una concepción que modificaran la significación jurídica de los derechos fundamentales". Los primeros autores a que se refiere BÖCKENFÖRDE están representados fundamentalmente por Schmitt, Smend sería el principal exponente del segundo grupo.

que el Estado “en cuanto comunidad esencial, confía su tarea a los ciudadanos. Su misión clara estriba en manifestar normativamente la condición de la existencia del hombre histórico, que se cumple en las interrelaciones sociales de nuestra cultura histórico-política”⁵⁷. Adquiere, de este modo, un carácter ético que se pone de manifiesto desde el momento en que asume la realización de los ‘valores culturales’; la virtualidad de la teoría de la integración se encuentra en que -en el contexto en que se desarrolla- además de servir como “aparato metodológico y conceptual para combatir el positivismo dominante” desarrolló una “función constante, renovadora y recreadora de las condiciones estructurales para que el individuo, sintiéndose ciudadano de una *res publica*, superadora de la crisis, pudiera recuperar su dignidad y operatividad, en la medida que desarrollase su personalidad, mediante el reconocimiento de sus derechos humanos repletos de contenido”⁵⁸.

En el Estado así concebido, la Constitución aparece como el instrumento que regula los procesos de integración. Estos procesos son de tres tipos: integración personal, funcional y material⁵⁹ y todos ellos son ‘procesos vitales’ en “el sentido...de las ciencias del espíritu”⁶⁰. La parte ‘orgánica’ de la Constitución regula los aspectos formales (parece referirse a la integración personal y funcional) de la integración, en tanto la parte ‘dogmática’ se refiere a los contenidos. Los derechos fundamentales como elementos del proceso de integración material consisten en “una serie coherente de valores, bienes de un sistema de cultura que normativiza como un sistema alemán

⁵⁷ LUCAS VERDÚ, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit., pg. 260.

⁵⁸ LUCAS VERDÚ, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit., pg. 262. Sobre el carácter ético del Estado constitucional evidenciado en la positivación de los derechos fundamentales y los valores superiores ver PERALTA, R., *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de Publicaciones de la universidad Complutense de Madrid, 1994, especialmente pp.122-129.

⁵⁹ El primero de estos procesos comprende los fenómenos políticos de liderazgo o caudillaje, representación y formación de la voluntad (en la Teoría Política tradicional corresponde a los órganos del Estado -al Poder-). La integración funcional se produce a través de elecciones y votaciones; y consiste en la producción o modificación de la voluntad comunitaria. Por último, la integración material otorga contenido material y, con él, realidad al Estado; en opinión del autor, este proceso ni siquiera es considerado por la Teoría del Estado y la Constitución. Del proceso de integración material forman parte, además de los derechos fundamentales, “los símbolos políticos que representa, institucionalmente, los valores históricos”, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit., pg. 94.

⁶⁰ *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, op. cit. pg. 92.

de todos los alemanes; positiviza el valor general nacional, da al miembro de este Estado-nación algo, un *status* mediante el cual un pueblo debe distinguirse de otros y frente a otros”⁶¹

De este modo la sustitución de la metodología positivista obedece, además de a su ineptitud para suministrar a los operadores jurídicos los criterios adecuados y la legitimidad que necesitan en su tarea de mantenimiento y perfeccionamiento de la integración social (que sería la crítica en cuanto metodología), a la insuficiencia del positivismo para dar cuenta del nuevo concepto de Derecho -en este caso de derechos fundamentales- y un desacuerdo con lo que el autor considera sus presupuestos ideológicos.

Por último, y con relevancia para la función teórico-constitucional, desde el momento en que se admite que los derechos fundamentales desempeñan una función objetiva conforme la hemos definido desde la ‘función dogmático-jurídica’, la estructura de poder del Estado de Derecho queda sustancialmente alterada. Y es que desde la perspectiva “estimativa”, el Tribunal Constitucional aparece como un órgano superior a los demás poderes. Por cuanto a él corresponde determinar el significado de los valores (‘interpretar la Constitución que limita al Estado-aparato’), es él el legitimado para interpretar el “sentir” social sobre valores y de garantizar así la ‘eticidad’ constitucional⁶².

Sin embargo, el Tribunal no aparece como un poder ilimitado desde el momento en que está vinculado por la única respuesta ética posible desde la Constitución. De este modo, en el Estado Constitucional existe la máxima seguridad jurídica que ofrece el convencimiento de que existe un último órgano del sistema que siempre hará

⁶¹ “Nueve de diciembre de 1931; seis de diciembre de 1978: dos fechas clave en la lucha por los derechos y libertades fundamentales en España”, op. cit., pg. 250

⁶² Ver PERALTA, R., *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, op. cit., pp. 155-157 “Justicia constitucional e integración sociopolítica de la comunidad”, pg. 158, “el horizonte trascendente del Tribunal Constitucional, en su aspiración al orden justo para la comunidad, alcanza una significación siempre metajurídica que le emplaza idealmente a la consideración final del concepto de “eticidad”. La causa última, legitimadora e informadora de esa justicia constitucional que integra, que religa a todos los factores de una sociedad, a todos los componentes de la comunidad del pueblo y del Estado, hay que buscarla en ese “imperativo ético” que constituye la interpretación final del Tribunal Constitucional en relación a su concepción de ese orden justo superior que pretende realizar mediante la defensa de la Constitución”.

prevalecer la solución correcta que permite el método técnico-político.

De cualquier forma, la aplicación de este método, requiere una “homogeneidad cultural”, la existencia de un ‘orden social unitario’. En este sentido, en la obra del profesor Lucas Verdu están presentes las referencias a la “cultura política euroatlántica” y a la religión cristiana a ella asociada⁶³.

1.2. El ‘iusnaturalismo deontológico’.

1.2.1. La Teoría del Derecho. “Iusnaturalismo deontológico” frente a “positivismo jurídico”.

Según A. E. Pérez Luño es en el ámbito de los derechos fundamentales donde se pone más de manifiesto la imposibilidad de una Teoría del Derecho que parta de la separación -radical o moderada-, entre Derecho, Moral y Política⁶⁴. En este sentido, el autor considera insuficiente el positivismo jurídico para construir una teoría de los derechos. Frente a éste, propone un modelo de integración relativa desde el que rechaza tanto el positivismo cuanto el ‘iusnaturalismo radical’ que puede desembocar

⁶³ Ver, por ejemplo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, op. cit., pp. 92-93, “si todo derecho es un sector de cultura, el constitucionalismo lo es principalmente porque intenta realizar, en la sociedad, los valores superiores mentados por nuestra norma constitucional de apertura (art. 1,1 C.E.) Esto reafirma nuestra concepción de la Teoría de la Constitución como ciencia cultural. El ejemplo más nítido lo ofrece la tabla de derechos abierta del Título I de nuestra Carta Magna. Como indiqué en otros escritos, dicha tabla cumple una misión de religión civil de los ciudadanos españoles. Los creyentes la estimarán por su referencia al trascendente Creador en la medida que hizo al hombre a su imagen y semejanza; los escépticos, y/o increyentes, por su evidente contenido y alcance humanista”. También *Estimativa y política constitucionales (los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, op. cit., pg. 83, donde parece responder a la crítica del relativismo adhiriéndose a la siguiente opinión: “la consideración de los valores condicionados a circunstancias de tiempo y lugar, es decir, el reconocimiento de que están vinculados culturalmente -advierde Shulz-Schaeffer- no significa limitación alguna de su fuerza vinculatoria, pues cabe ver en su evolución cultural un elevado desarrollo de suerte que hoy los valores configuran en el ámbito cultural de Occidente, casi un orden social unitario (eine fast einheitliche soziale Wertordnung). Este orden ideal de valores se aproxima en puntos esenciales a la ética superior occidental-cristiana”.

⁶⁴ PÉREZ LUÑO, A.E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, con la colaboración de C. Alarcón Cabrera, R. González-Tablas y A. Ruiz de la Cuesta, Tecnos, Madrid, 1997, Capítulo IX, “Relaciones entre Derecho, Moral y Política: Teoría y Práctica”, pp. 132-148. Ver un desarrollo de esta ‘tesis de la no-separación’ en “¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho”, *Sistema*, nº 102, Madrid, 1991, pp. 83-97.

en una 'tiranía de valores'. La coincidencia entre Derecho, Moral y Política es necesaria, pero sólo se refiere a algunos aspectos de las tres realidades -existen ámbitos de la moral que no interesan al Derecho ni a la Política-; en lo sustancial, esta coincidencia consiste en entender que el Estado tiene un carácter ético que se realiza a través del Derecho. Así, el Estado de Derecho aparece, precisamente, como 'la culminación del proceso integrador del derecho, la moral y la política'. La presencia en la Constitución de valores avala esa creencia en el Estado de Derecho como modelo en el que se hace patente la imposibilidad de concebir el Poder Político y el Derecho como elementos independientes de la moral. Una idea similar lo encontraremos en G. Peces-Barba, aunque en este caso la integración es aún más relativa pues por un lado para que la moral se incorpore al Derecho se necesita de la intervención del Poder Político y, por otro, sólo se puede decir que el Derecho es 'justo' cuando el poder es legítimo y por legítimo se entiende Estado Social y Democrático de Derecho. Frente a este modelo de 'integración relativa' propuesto por A.E. Pérez Luño, se sitúa el de integración absoluta de P. Lucas Verdú . L. Prieto, por el contrario, y frente a todos los autores a los que me refiero en esta parte, se mantiene en el modelo de separación también cuando se trata de hablar del Estado de Derecho.

Desde la perspectiva del iusnaturalismo deontológico, los derechos fundamentales aparecen como "un conjunto de valores objetivos básicos". El propio autor considera que su definición de los derechos humanos "responde a tres ideas guía: 1ª., iusnaturalismo en su fundamento; 2ª., historicismo en su forma, y 3ª., axiologismo en su contenido" ⁶⁵. Así señala como 'consecuencia práctica' fundamental de una concepción axiológica del contenido de los derechos fundamentales, la posibilidad de dotar de eficacia jurídica a las normas en que éstos se recogen -que suelen caracterizarse por los términos amplios en que aparecen formuladas-⁶⁶.

En la teoría de A.E. Pérez Luño no está claro qué aspectos se refieren a lo que

⁶⁵ "El concepto de los derechos humanos y su problemática actual", *Derechos y Libertades*, nº1, 1993, pp. 179-195, pg. 180. Ver también *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, pg. 514.

⁶⁶ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 139.

aquí hemos considerado punto de vista interno y cuáles se refieren al punto de vista externo del análisis de las funciones del Derecho. En general, cifra la significación *axiológica objetiva* que el constitucionalismo contemporáneo atribuye a los derechos en su “cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista”⁶⁷.

La pretensión del profesor A. E. Pérez Luño de mantener una continuidad entre la vertiente ética y la vertiente jurídica hace que -como decía- la distinción entre un punto de vista externo y un punto de vista interno no siempre tenga sentido en su visión de los derechos. Éstos constituyen el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”⁶⁸.

Pese a las dificultades, y puesto que él mismo utiliza en algún momento la distinción entre el papel ético, el papel jurídico y el papel político de los derechos⁶⁹, podemos decir que la función objetiva de éstos en el punto de vista externo es la de servir a la legitimidad del poder; mientras que desde el punto de vista interno, es “sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático”. De este modo, los derechos -además de su función de garantía del estatuto jurídico individual- pasan a contener los valores del sistema que constituyen el objetivo y el límite de la decisión democrática; para hacer efectivos esos valores, debe existir “una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y

⁶⁷ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, pg. 20

⁶⁸ Esta caracterización es una constante en la obra del autor. Ver por ejemplo *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pg. 43; *Los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 46, o *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 48.

⁶⁹ Ver “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”, *Derechos y Libertades*, op. cit., pp. 180-186.

ejercer las funciones estatales”, o, de otra forma, los derechos fundamentales conforman “el orden jurídico infraconstitucional”⁷⁰.

Mayores complicaciones en cuanto a la distinción entre un punto de vista interno y un punto de vista externo se presentan a la hora de determinar si su carácter de ‘garantías’ de un proceso político ‘libre y abierto’, supone que constituyen condiciones de legitimidad con carácter previo al proceso político -en este caso también al proceso constituyente-, o que después de su reconocimiento -esto es, como función objetiva en el punto de vista interno- constituyen garantías de la democracia. Tendré ocasión de desarrollar este problema al hilo de la función teórico-constitucional, de momento adelanto que por su peculiar posición en relación con el Derecho, la Moral y la Política, los derechos aparecen en el punto de vista interno como límites a las decisiones sobre el Derecho, o, de otra forma, como criterios de ‘validez’ de las decisiones constituyentes. Donde, necesariamente, validez debe poseer un sentido distinto del que tradicionalmente se le viene atribuyendo por el positivismo como pertenencia o existencia y estar más próximo al concepto de ‘obligatoriedad’. Ese especial concepto de validez se hace patente en la caracterización del autor de valores y principios frente a ‘reglas’.

1.2.2. La función objetiva de los derechos desde el ‘iusnaturalismo deontológico’.

No obstante la existencia de ese punto necesario de conexión entre Derecho, Moral y Política a que hace referencia la teoría jurídica del autor, parece claro que la presencia de derechos en el ámbito jurídico supone un compromiso del Poder Político -al que queda subordinada su legitimidad- en la asunción de la dignidad humana como valor. Para atender a este objetivo, los derechos funcionarán como garantía de posiciones subjetivas y, es el aspecto que ahora más me interesa, como criterios de ordenación del sistema.

Una vez más, recorro al desarrollo que hace Böckenforde de una función dogmático-jurídica, una función teórico-estatal y una función teórico-constitucional como repercusiones de atribuir una función objetiva a los derechos fundamentales, para analizar el planteamiento del autor español.

⁷⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., pg.20-21

En relación con la primera cuestión, para el cumplimiento de las funciones que les son asignadas en el punto de vista interno, los derechos aparecen positivados de distintas formas. Así, según A. E. Pérez Luño, los derechos pueden aparecer -'de menor a mayor precisión jurídico-positiva'- como valores superiores del orden jurídico-político constitucional, como principios constitucionales, como cláusulas generales, como normas específicas o casuísticas y como 'normas de tutela'⁷¹. El autor propone esta tipología como más adecuada para dar cuenta del sistema constitucional que la 'elaborada por la doctrina alemana' de 'principios generales' y 'normas específicas o casuísticas'.

El modo en que se presentan las diferentes estructuras de positivación de los derechos nos remite a dos problemas en los que -una vez más- se evidencia que su teoría se aleja de los postulados del positivismo y, por tanto, se presenta como alegato en favor de la vinculación necesaria entre Derecho y Moral. El primero de ellos se refiere al análisis que efectúa de los derechos cuando aparecen como derechos o 'valores' o 'principios' -categorías cuyos perfiles no siempre son claros en la obra del profesor Pérez Luño. Dije con anterioridad, que son numerosos los autores en cuya obra la crítica al positivismo arranca de la insuficiencia de éste en cuanto Teoría del Derecho para dar cuenta del fenómeno del 'constitucionalismo'. Esta insuficiencia obedece a distintos factores, entre ellos, la aparición -con las Constituciones- de nuevos tipos de 'normas' en relación con las cuales se señala la imposibilidad de que sean eficaces por encima de la Ley a menos que se deje de lado la idea de separación Derecho y Moral. Pues bien, A.E. Pérez Luño se sitúa entre estos autores.

El segundo de los problemas al que hacía referencia tiene que ver con la inclusión en el catálogo de las 'normas de tutela'. En principio -y según una distinción extendida- nos encontramos ante un tipo de normas distinto de los anteriores. Mientras las restantes son normas que contienen derechos fundamentales, éstas son sólo normas sobre derechos fundamentales⁷².

⁷¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 58-61.. Ver también *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 66 ss.

⁷² Ver ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., Capítulo segundo, "El concepto de norma de derecho fundamental", pp. 47-80. Este autor distingue entre "normas de derecho fundamental" y "derechos fundamentales", no a todas las normas de derecho fundamental, según este autor, corresponde directamente un derecho subjetivo (pg. 48); antes bien, en el Derecho alemán -como en el español- "a las formulaciones del catálogo de los derechos fundamentales se adscriben normas a las que no corresponde

El catálogo puede ser explicado desde su idea de que los derechos humanos preexisten a su positivación con lo que las normas que se refieren a ellos son, en todo caso, garantías. En apoyo de esta interpretación podemos citar la adhesión de A. E. Pérez Luño a la tesis de F. Laporta conforme a la cual no deben confundirse *tipos de derechos* con tipos de *protección normativa*⁷³. Recuperaremos esta idea a la hora de interpretar el tratamiento que el autor proporciona a los derechos como valores y principios.

Precisamente, en relación con este problema -que antes enunciaba en primer lugar-, es necesario, como punto de partida, delimitar a qué se está refiriendo el autor cuando habla de 'valores' y de 'principios'. En este sentido, la categoría de los "valores" se presenta aquí como una de las estructuras que pueden adoptar los derechos. El rasgo que parece definir este tipo de normas es su "carácter programático"⁷⁴; los principios constitucionales son los 'derechos' que se configuran como principios para la actuación de los poderes públicos, algunos delimitan "el marco político; social y económico que determinará las modalidades de ejercicio de

ningún derecho subjetivo" (pg.48).

⁷³ Sobre el significado de los derechos humanos como derechos morales en LAPORTA, F., ver "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, nº4, 1987, pp. 23-46. Y PÉREZ LUÑO, A.E., "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)", *Doxa*, nº4, 1987, pp. 47-66, pg.52. A propósito de la concepción de F. Laporta de los derechos como derechos morales ver BARRANCO, M.C., *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 60-66. El profesor Pérez Luño continúa "en todo caso, debo manifestar aquí mi plena coincidencia con la aseveración del ponente de que los derechos humanos responden a instancias o valores éticos anteriores al derecho positivo, esto es, preliminares y básicos respecto a éste. Así como mi congratulación de que en apoyo de esta tesis, de inequívoca raigambre iusnaturalista, aporte un amplio y actualizado aparato crítico-bibliográfico, mayoritariamente anglosajón, expuesto con claridad y rigor" (pg. 53). Los profesores M. Atienza y J. Ruiz Manero señalan como crítica a la afirmación de F. Laporta que acoge A.E. Pérez Luño y que, por tanto, puede hacerse extensiva a este profesor: "Laporta acusa a las teorías normativistas de los derechos de "incurrir en el error de confundir tipos de *derechos* con tipos de *protección normativa* que se dispensa a los derechos (...) los derechos con las técnicas de protección de los derechos. Pues bien: a su concepción de los derechos como entidades pre-normativas podría acusársele de confundir los derechos con el fundamento de los derechos", "A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta", *Doxa*, nº4, pp. 67-69, pg. 68. No obstante, con posterioridad mostrarán su apoyo a esta tesis del carácter preexistente de los "derechos humanos" al Derecho positivo, pero desde una interpretación diferente a la que aparece en los otros autores aquí citados; ver para este último aspecto, ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho*, Ariel, Madrid, 1996, pp. 118-121; "las entidades que Laporta sitúa antes que las normas y que constituirían el núcleo de la noción de derecho serían, en nuestra concepción, juicios de valor; lo que ocurre es que... nosotros entendemos el juicio de valor como algo interno a la norma; o más exactamente, que en las normas cabe distinguir dos aspectos: un aspecto valorativo y un aspecto directivo" (pg. 120).

⁷⁴ En *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 66, este apartado se denomina "valores y principios constitucionales programáticos".

todos los derechos fundamentales” y otros “orientan la acción de los poderes públicos”⁷⁵.

En la explicación del autor, valores y principios parecen contraponerse a las restantes categorías que aquí llamaremos ‘reglas’. La primera diferencia entre uno y otro grupo se sitúa en el carácter programático del primero, frente a la especificidad del segundo; además, el profesor Pérez Luño alude a la función de cada una de estas categorías y, lo que considero más importante, a las distintas fórmulas para determinar la pertenencia de cada una de ellas al sistema.

En cuanto al criterio estructural de distinción, parece ser el determinante para Pérez Luño; conforme a él, valores y principios tienen carácter programático, que no hay que entender como contrapuesto a ‘no normativo’⁷⁶. En los valores el carácter programático es más marcado que en los principios desde el momento en que no contienen especificación del supuesto de hecho ni de las consecuencias, “constituyen ideas directivas generales” que conforman el contexto histórico-espiritual de la interpretación de la Constitución, y, en especial, de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales⁷⁷. Los principios presentan un grado mayor de especificación que los valores en relación con los supuestos y las consecuencias. Las ‘reglas’ son las normas que nos aparecen como las más específicas en relación con las anteriores.

La diferencia que se plantea como estructural, supone además un distinto compromiso del Poder con los ‘derechos humanos’ que están detrás de los respectivos grupos de normas. Conviene recordar que en la teoría del autor -y según veíamos a propósito de su caracterización de las ‘normas de tutela’- los derechos fundamentales

⁷⁵ *Los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 59. La categoría no guarda relación con los “principios generales del Derecho” que, según este autor, no constituyen una fuente normativa autónoma, “Principios Generales del Derecho: ¿Un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos*, n°98, 1997, pp. 9-24, pg. 23. Más bien se trata de derechos que no desempeñan ninguna función subjetiva y que se constituyen en normas de segundo grado.

⁷⁶ En cuanto a las otras categorías a las que todavía no he hecho referencia, las cláusulas generales positivizan los derechos como derechos -no ya como principios dirigidos a los poderes públicos-, pero “se remiten a la legislación orgánica para la delimitación de su alcance y contenido”. Por último, el profesor A.E. Pérez Luño se refiere a las “normas específicas o casuísticas” como estructura en la que aparecen los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento. En este caso “la positivación constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance y significación”, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 60.

⁷⁷ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 291

son las 'garantías' jurídicas de los derechos humanos que expresan el propósito del poder de satisfacer las exigencias que se formulan como derechos humanos. Cuando el compromiso se presenta como 'valor' es más débil que si aparece como una 'norma de tutela'; en el primer caso, el Poder está prometiendo tener en cuenta los derechos humanos como 'programa', en el segundo, promete actuar frente a cualquier vulneración del derecho al que se refiere la tutela. Por esta razón, las diferencias que se presentan como estructurales, terminan siendo diferencias de 'eficacia'⁷⁸. Si la perspectiva de análisis es la del positivismo, la inconcreción de la norma que adopta la forma de valor y, en menor medida -siempre según A. E. Pérez Luño-, de principio, impide a los tribunales hacer efectivo el sometimiento del legislador a un contenido constitucional prefigurado. Las respuestas desde la idea de que la vinculación entre Derecho y Moral no es necesaria, pueden ser de dos tipos; así o excluimos el control del Parlamento, con la consiguiente vulneración del principio de constitucionalidad en lo que a estas normas respecta; o permitimos que el Tribunal Constitucional en uso de su discrecionalidad dote de sentido a la norma, con lo que estamos subordinando el Parlamento a un órgano de menor legitimidad democrática.

El profesor Pérez Luño recurre a la idea de que los valores constituyen el "contexto histórico-espiritual" al que queda referida la Constitución. Por tanto, son ellos los que constituyen el punto de conexión necesario entre Derecho y Moral a que se refiere su Teoría. Cuando el Tribunal Constitucional, que tiene la obligación de garantizar el principio de constitucionalidad, interpreta los valores no lo hace desde la discrecionalidad, sino sometido al sentido de éstos en el "contexto histórico-espiritual" en que se insertan. Pero con esto, la diferencia estructural entre valores, principios y reglas queda sobrepasada y la argumentación pasa a referirse a la diferencia funcional.

De este modo, en cuanto a la definición de "valor", y a pesar de que en principio se presenta como 'estructura normativa' de positivación de los derechos, el autor abandona el ámbito de la Teoría del Derecho situando el "antecedente inmediato" del "concepto moderno de valor" en "la teoría de los *entia moralia* de

⁷⁸ Ver referencia de PRIETO, L., a la distinción de A. E. Pérez Luño entre valores y principios, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pg. 138.

Pufendorf, es decir, en los modos o métodos que los seres racionales aplican a las cosas o movimientos físicos para orientar y regular los comportamientos y atribuir orden y armonía a la vida humana”. En la argumentación del profesor Pérez Luño, si los valores son “los criterios básicos para enjuiciar la acción, ordenar la convivencia y establecer sus fines”, los valores constitucionales suponen “el sistema de preferencias básicas expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva”⁷⁹.

En la concepción de A.E. Pérez Luño, las funciones de los valores constitucionales son fundamentadora, orientadora y crítica. Desde esta perspectiva también, los valores adquieren un sentido “relativamente preciso”, mientras la idea de los principios es, a su entender, “mucho más ambigua y equívoca”; con ello parece hacer referencia a que si los principios se identifican en atención a las funciones que desempeñan no es posible, como tendremos ocasión de comprobar, entenderlos como algo distinto de los valores⁸⁰.

Tal y como el autor lo entiende, los principios desempeñan tres funciones diferentes, algunas veces ‘simultánea y sucesivamente’; de este modo, pueden tener significado “metodológico (son, en este sentido, reglas de segundo nivel “orientadoras para el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas”, significado “ontológico” en calidad de fuentes normativas y, “pueden entenderse también en su dimensión axiológica” -con lo que desaparece la diferencia entre valores y principios en atención al carácter final de los primeros-. En esta última acepción - afirma el profesor Pérez Luño- “se entiende que los principios son

⁷⁹ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 288.

⁸⁰ Además, con esa defensa del sentido relativamente más preciso de ‘valores’ frente a ‘principios’, el autor parece tomar parte en una polémica que surge desde el momento mismo de la elaboración de la Constitución y que versa sobre la mejor denominación de lo que ha quedado como ‘valores superiores’. De los primeros momentos de la discusión da cuenta PECES BARBA, G., *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, col. L. Prieto, Fernando Torres, Valencia, 1981, pp. 35-37. Ver además, de este mismo autor, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984. También LLAMAS, A., *Los valores jurídicos como Ordenamiento material*, B.O.E.- Universidad Carlos III de Madrid, 1993, pp. 222-243. Y sobre la indiferencia de uso de uno u otro, ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pg. 135, nota 9. Ver también BONACHELA MESAS, M., y ORZA LINARES, R., “Los derechos fundamentales como «expresión jurídica de un sistema de valores» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 2109-2158, pp. 2123-2131, sobre esta polémica en el proceso constituyente.

jurídicos porque el derecho se remite a ellos... o bien porque se considera que deben ser parte integrante de cualquier ordenamiento jurídico digno de tal nombre”⁸¹. A. E. Pérez Luño atribuye a esta imprecisión de los principios la dificultad de diferenciar ambas categorías, puesto que si los principios se identifican en atención a las funciones que desempeñan no es posible entenderlos como algo diferente de los valores.

Así pues, los valores y los principios sólo se diferencian por el ‘grado de especificidad’, pero desempeñan las mismas funciones en el Derecho y, en lo que nos interesará, en el razonamiento jurídico. Además de esta coincidencia entre las funciones que hace que quede menguada la importancia de su distinta estructura, los principios y los valores poseen, en la concepción del profesor Pérez Luño, un rasgo común que los diferencia de las ‘reglas’; este rasgo se refiere a los criterios que en uno y otro caso se utilizan para determinar la ‘validez’.

El criterio de validez de las normas específicas tiene una orientación formal frente “al significado material que tiende a revestir el criterio de validez de los valores y principios, aunque también los valores y principios pueden hallarse sometidos a un peculiar *test de pedigree*, ya que, en muchas ocasiones, se hace depender la validez de su contenido de su adecuación a un determinado orden o sistema axiológico (Derecho natural, derechos humanos universales suprapositivos, *ethos* social...).”⁸². Se pone de manifiesto una vez más la dificultad de distinguir una categoría normativa valor diferente de una categoría normativa principio. Pero, lo que resulta más interesante, desde este punto de vista resulta evidente que para A. Pérez Luño, valores y principios expresan una conexión necesaria entre Derecho y Moral (que es la que permitirá dotarlos de ‘eficacia’). Los valores y los principios constitucionales no son válidos en el sistema español por estar incorporados a la Constitución como programa de actuación del Poder Público, sino por su contenido que va a depender, como veremos, de cómo A.E. Pérez Luño configura la idea de “valor”.

Ciertamente, no sólo los principios, también las normas contienen valores; pero

⁸¹ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 289-291.

⁸² *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 295.

en estas categorías el intérprete constitucional no se ve obligado a recurrir al “contexto histórico-espiritual” para dotarlas de sentido porque éste aparece claramente especificado. Eso sí, puesto que la Constitución constituye un ‘orden de valores’ también las normas deben ser coherentes con el sistema axiológico constitucional, por lo que tendrán que ser interpretadas conforme a aquél. Es posible, por otra parte, encontrar ‘normas constitucionales inconstitucionales’, esto es, normas específicas cuyo contenido sea contrario a los valores del ‘contexto histórico-espiritual’. En este último caso, deben prevalecer los valores dado su carácter de ‘preferencias prioritarias y fundamentales’ del constituyente.

Teniendo en cuenta esta perspectiva, los derechos constituyen “valores” con independencia de su ‘naturaleza jurídica’. No existe una única estructura jurídica que dé acogida a los derechos en Derecho positivo, pero tampoco es relevante a los efectos de articular una función objetiva en relación con la función subjetiva porque en todo caso los derechos acogen valores. De otra forma, el carácter axiológico de los derechos fundamentales no tiene que ver con la técnica utilizada para su positivación; ésta sólo expresa el grado en que el poder se comprometa a hacer efectiva la tutela. Una vez más, conviene recordar que el autor propone reservar el uso de “derechos fundamentales” para hacer referencia a lo que aquí interpretamos como “tipos de protección normativa” de los derechos humanos. Cualquier “derecho fundamental” contiene derechos humanos⁸³, aunque se produzca la “*paradoja fundamental* de la teoría de los derechos y libertades del presente” que consiste en que “unos derechos cuyo *status* formal es el de normas positivas que satisfacen plenamente los requisitos de validez jurídica; pero cuyo *status deónico* está más próximo al de los derechos naturales o al de los derechos humanos (en cuanto exigencias humanas que *deben ser* satisfechas), que al de los derechos fundamentales, entendidos como garantías jurídico-positivas que *están* dotadas de protección jurisdiccional”⁸⁴

Esta paradoja puede resolverse desde la superación de un “planteamiento de fractura entre el mundo de los valores éticos y el de las normas jurídicas” que haga

⁸³. Ver *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 515 y “El concepto de los derechos humanos...”, op. cit., pg. 181.

⁸⁴ “El concepto de los derechos humanos...”, op. cit., pg. 192.

posible enfrentar “las vicisitudes actuales de los derechos humanos y los derechos fundamentales”⁸⁵. El alcance de los derechos fundamentales dependerá del significado de los valores en que consisten los derechos protegidos, lo que supone que para determinar la significado ‘objetivo’ de los derechos fundamentales es preciso “tomar partido por una determinada concepción de los valores (...) y (...) especificar qué valores son los directamente relacionados con los derechos humanos y cómo van a entenderse”⁸⁶.

El autor propone adoptar, en este sentido, “un *intersubjetivismo* axiológico” que se contrapone al *objetivismo* y al *subjetivismo*. Volveré a referirme a la distinción en relación con la función subjetiva. Con ella el autor condiciona el alcance respectivo de las funciones objetiva y subjetiva de los derechos en el punto de vista interno a la tesis metaética ya que estas teorías sobre la concepción de los valores son al tiempo teorías sobre el fundamento de los derechos, lo que justifica la crítica formulada más arriba sobre la dificultad de distinguir en la teoría del profesor A.E. Pérez Luño el fundamento del concepto de los derechos⁸⁷. Una teoría objetivista de los valores llevaría a concebir “los derechos humanos positivizados por vía constitucional como derechos fundamentales (...) como un sistema de valores objetivos dotados de una unidad material y que son la suprema expresión del orden axiológico de la comunidad (...) La interpretación de la Constitución, así como el sentido de los distintos derechos fundamentales en ella consagrados, debería reconducirse, a tenor de esta tesis, a los

⁸⁵ “El concepto de los derechos humanos...”, op. cit., pp.192 y 193. Otra de las constantes en el pensamiento del autor -especialmente desde 1987-1989- es la preocupación por los “derechos de la tercera generación”, sobre todo por los que tienen que ver con las nuevas tecnologías (ver, por ejemplo, “La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo”, *Anuario de derechos humanos*, n°4, 1986-87, pp. 259-289, “Las generaciones de Los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 10, 1991, pp. 203-217., y en *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., varios capítulos se refieren a problemas relacionados con estos derechos; “La intimidad como derechos fundamental”, “La intimidad en la sociedad informatizada”, “Intimidad e informática en la Constitución”, “Calidad de vida y medio ambiente en la Constitución”, “La paz en la Constitución”, finalmente, “Estado Constitucional y derechos de la tercera generación”, *Anuario de Fiosofía del Derecho*, n° XIII-XIV, 1996-1997, pp. 545-570) y a ellos se refiere expresamente como afectados -junto con los de la segunda generación- por estas cuestiones.

⁸⁶ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 527.

⁸⁷ A propósito de la necesidad de optar por una de ellas afirma el autor; “las distintas teorías que se han venido analizando no constituyen meras disquisiciones doctrinales sobre el valor ideal de los derechos humanos. Precisamente la polémica sobre la fundamentación de los derechos humanos mantiene todavía hoy plena vigencia, porque los argumentos debatidos tienen puntual repercusión en la práctica”. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 176.

principios axiológicos subjetivos que determinan el respectivo alcance de las distintas situaciones individuales”⁸⁸. Esta teoría está representada en nuestra cultura jurídica por P. Lucas Verdú, y a ella se le critica “que entraña el peligro de traducirse en una pura intuición de los valores, arbitraria y decisionista, que puede degenerar en una auténtica tiranía de los valores”⁸⁹. Por otra parte, los derechos dejan de constituirse en garantías objetivas.

Las teorías subjetivistas que están en el origen de la construcción del “sistema de derechos de defensa de la autonomía personal frente a las ingerencias del poder”, son incapaces “en la práctica, para incorporar a la teoría de los derechos fundamentales la garantía jurídica de las condiciones materiales y culturales de existencia, que se hallan en la base de la reivindicación de los derechos sociales”⁹⁰. En opinión del autor, traducida a los términos que aquí utilizo, estas posicoines niegan virtualidad a la función objetiva.

Las teorías intersubjetivistas por las que opta el profesor A.E. Pérez Luño, “han contribuido a potenciar la orientación teórica y jurisprudencial tendente a afirmar la multifuncionalidad de los derechos fundamentales (...) , atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista”. Sin embargo, esta tesis “tiene el valor de propiciar una estructura abierta y dinámica de los derechos fundamentales”, pero “corre el riesgo de relativizar en exceso su contenido”⁹¹.

Por eso la teoría intersubjetivista que el autor propone es una teoría *sui generis*. Si se parte de una teoría ‘intersubjetivista’ del valor y de la fundamentación de los derechos humanos, éstos aparecen como “valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que, por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación”. Con ello, los valores no son entidades objetivas y autoevidentes, pero tampoco son ‘creados’ por el consenso. Esta propuesta pretende ser una “mediación crítica entre

⁸⁸ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 176.

⁸⁹ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 176.

⁹⁰ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 176.

⁹¹ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 176-177.

dos estimulantes corrientes del pensamiento marxista actual de equívoco signo antidogmático y humanista: la teoría consensual de la verdad elaborada por el último de los teóricos de la Escuela de Francfort, Jürgen Habermas; y la filosofía de las necesidades radicales defendida por la Escuela de Budapest y, de modo especial, por Agnes Heller”⁹². El profesor Pérez Luño utiliza la ‘teoría consensual de la verdad’ para diseñar el marco en que la discusión sobre valores es válida; la ‘teoría de las necesidades’ sirve a este autor para encontrar un elemento material -y, por tanto, objetivo- en la fundamentación de los derechos humanos. El consenso, parece, debe versar sobre las necesidades cuya satisfacción merece convertirse en un valor que sirva de fundamento a derechos humanos y, en lo que aquí constituye nuestro interés, determine el significado y el alcance de los derechos fundamentales.

De nuevo, como veíamos al hilo del estudio de la teoría de los derechos del profesor Lucas Verdú, el problema se encuentra en el momento de llevar a la práctica las consecuencias que se derivan de este planteamiento para el sistema constitucional de reparto del poder -es lo que aquí denominamos ‘función teórico constitucional’- y las funciones que se le asignan al Estado.

Parece que, de ser coherente con los planteamientos del profesor Pérez Luño, correspondería al intérprete de los valores (al legislador pero también al juez y, en última instancia al Tribunal Constitucional) determinar el significado del “consenso”, aunque el autor no se refiere a esta idea. Pero en este punto, hemos de dar el paso de los valores a los derechos; y este paso requiere algunas consideraciones sobre la garantía de éstos en el Derecho, que es lo que se trata de justificar, en mi opinión, con la vinculación Derecho y Moral.

Puesto que normalmente la garantía tiene lugar a través de normas constitucionales que van a ser -como decíamos- los derechos fundamentales; la teoría de la interpretación de los derechos dependerá de la teoría sobre interpretación de la Constitución que esté detrás. En este sentido, A. E. Pérez Luño establece la posibilidad de optar entre una interpretación *formalista* que constituye la prolongación

⁹² *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 181. En opinión del propio autor, “esta postura responde, por lo demás, a mi concepción general de la filosofía del derecho como filosofía de la experiencia jurídica, es decir, como reflexión crítica sobre la praxis histórico-social en la que el derecho y los valores jurídicos (por tanto, también los derechos humanos) surgen y se desarrollan”.

de los métodos elaborados por la 'dogmática iusprivatista', una interpretación *material*, una interpretación *sistemática*, una interpretación *evolutiva* (que se relaciona con la interpretación material); todas estas posibilidades se mueven entre la consideración de que la interpretación de la Constitución no es peculiar y entre la atribución a esta tarea de carácter político en perjuicio de su naturaleza jurídica.

En opinión del profesor Pérez Luño la Constitución es una norma jurídica, aunque su interpretación presenta "problemas específicos que implica la interpretación de la norma constitucional, para lo que precisa emanciparse de la metodología iusprivatista y afirmar su autonomía con la consiguiente elaboración de sus propias categorías metódicas"⁹³. Especialmente, la interpretación de los derechos fundamentales encuentra como norma de cierre del sistema la filosofía política.⁹⁴ El profesor Pérez Luño cita a Dworkin y Smend como autores próximos a la idea de 'constitución material' buscando apoyo para la idea de que los derechos fundamentales "entrañan los presupuestos... una determinada filosofía jurídico política que se refleja en su interpretación"⁹⁵.

De las distintas opciones "teórico-doctrinales" que para la comprensión de los derechos como Derecho propone el autor, elige la teoría "iusnaturalista crítica". Frente a su utilización por P. Lucas Verdú, el "iusnaturalismo crítico" de A.E. Pérez Luño se sitúa -como la teoría 'multifuncional'- entre la teoría del orden de valores y la teoría positivista y propugna el carácter material de la interpretación de valores y principios.

Como decía, esta opción en el ámbito de la teoría del Derecho, tiene una serie de repercusiones en el modelo de derechos fundamentales que afectan a los ámbitos de la 'función teórico constitucional' y de la 'función teórico estatal'. Por lo que respecta

⁹³ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 253. También surge la cuestión de si no queda afectada la interpretación del 'derecho privado' desde la entrada en vigor de la Constitución, más cuando se habla -como hace el profesor Pérez Luño- de 'interpretación desde la Constitución'; si la respuesta es afirmativa, no se trata tanto de reafirmar la peculiaridad de la interpretación constitucional frente a la interpretación de cualquier otro sector del Ordenamiento, cuanto de proponer nuevos modelos de interpretación jurídica.

⁹⁴ Ver PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pg. 108 que refiere esta idea a Dworkin de quien afirma que "en realidad...se basa en la posibilidad de valores absolutos".

⁹⁵ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 296.

a la segunda de las funciones enumeradas, el Estado de Derecho a que alude A.E. Pérez Luño presenta unos caracteres específicos que lo alejan de la concepción tradicional -en la medida en que podemos hablar de una concepción tradicional-. Por un lado y, como veíamos, fundamentalmente debido a la incorporación de derechos fundamentales, la reformulación del concepto afecta a la idea de Derecho. Por otro, se altera el concepto de Estado en la dirección que apunta a la superación de la idea de 'soberanía'⁹⁶. Y ello porque el consenso a que, nuevamente, el profesor Pérez Luño se refiere -ahora como "soporte" para la precisión del alcance de 'valores, principios y disposiciones', antes como instrumento que permitía 'conocer' los valores que necesariamente debía contener el Derecho- es capaz de evitar los defectos del positivismo y del decisionismo en que desembocan las teorías de Häberle y Ely⁹⁷, pues "rebasa los límites angostos del marco estatal para presentarse como un auténtico "consensus omnium gentium"⁹⁸. A esta idea obedecen, según el autor, la remisión del 10.2 C.E. a la Declaración Universal como criterio interpretativo y determinadas afirmaciones del Tribunal Constitucional. En mi opinión, con esta referencia al contexto internacional, el juez puede determinar además del grado de consenso existente en su Estado, el sentir de la 'sociedad internacional'; con lo que sería posible justificar una interpretación de los derechos fundamentales distinta al tenor literal de la Constitución y al "consenso" sobre el alcance del precepto en cuestión presente en la cultura jurídica española, alegando la conformidad con el auténtico *consensus omnium gentium*⁹⁹.

⁹⁶ Al menos entendida como atributo del Estado en cuanto 'totalidad monopolizadora del poder', *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 187-211, pg. 198.

⁹⁷ A Häberle le critica que "o acepta que la interpretación constitucional parte de unos parámetros orientadores, que expresan una unidad material de sentido, lo que limitará su carácter abierto, alternativo y de posibilidad; o corre el riesgo de caer en un relativismo extremo, incompatible con la dimensión institucional de los valores y Los derechos fundamentales, y abocado a incurrir en un pragmatismo oportunista o en el decisionismo", *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 307. En cuanto a Ely -*Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, op. cit. -, el profesor Pérez Luño indica, por un lado, que su tesis no es incompatible con una concepción iusnaturalista y por otro, que "incurrir en los defectos que intenta superar. Ya que por un lado, supone una opción por determinados valores...mientras que, de otro, confía al juez una labor arbitral y de tutela activa de estos valores, con lo que, de hecho, convierte a la judicial review en un mecanismo de concreción y determinación de los valores constitucionales" (pg. 308)

⁹⁸ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit. pg. 309.

⁹⁹ En relación con la posibilidad de construir un Derecho Constitucional Común Europeo -ver HÄBERLE, P., *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996-, que se imponga sobre los derechos de los Estados miembros, se pronuncia en "Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad:

Es ahora el momento de abordar el problema que dejé abierto en el epígrafe anterior sobre la relación de los derechos y la soberanía popular. Con ello, paso a un bloque de consideraciones que se refieren a la función teórico constitucional.

La teoría de los derechos de A.E. Pérez Luño encuentra su reflejo en la configuración del sistema que componen y en las relaciones de la soberanía popular con este sistema. A partir de ambas ideas -y de modo paralelo a lo que veíamos que ocurría en relación con la función teórico estatal- se produce un alejamiento de la distribución de funciones tal y como se concibe tradicionalmente en el Estado de Derecho¹⁰⁰.

De este modo, y según el autor, los derechos fundamentales constituyen un sistema que se integra en el “orden constitucional en su conjunto” y cuyo significado debe entenderse unitariamente. Para poder cumplir su función, se le dota de la capacidad de proyectarse a todo el Ordenamiento¹⁰¹, que queda configurado así de acuerdo con los derechos fundamentales (veíamos que en eso consiste precisamente la función objetiva de los derechos) interpretados de conformidad con el ‘iusnaturalismo crítico’.

Como apunté, A.E. Pérez Luño resuelve el problema de las relaciones del ‘subsistema’ de derechos fundamentales en el conjunto de la Constitución en la relación de los derechos y la democracia. En su opinión, es posible distinguir entre sistema intrínseco y sistema extrínseco, el primero “identifica la noción de sistema con el orden formal inmanente a cualquier conjunto de normas jurídicas organizadas en función de un principio básico (norma fundamental) que interesa al Derecho positivo y presupuesto lógico del mismo”, el sistema extrínseco “supone la proyección al Derecho de los modelos sistemáticos importados de disciplinas no jurídicas, sea de las ciencias de la naturaleza o de las ciencias sociales”¹⁰². La

¿Continuidad o cambio de paradigma?”, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, coord. A.E. Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 11-52.

¹⁰⁰ Ya adelanté algunas de las cuestiones que se plantean en la relación entre los jueces -de modo especial el Tribunal Constitucional- y el Parlamento; cuestiones que obedecen a un planteamiento previo sobre la posición de los derechos fundamentales (cuyo garante último podemos pensar que es el Tribunal Constitucional) con respecto a la democracia (que estamos acostumbrados a situar en el Parlamento).

¹⁰¹ *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pg. 310 y *Los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 138.

¹⁰² *Los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 145.

Constitución Española es un conjunto “extrasistemático” desde el momento en que el Estado social y democrático de Derecho “ha supuesto la abolición práctica de la separación entre el Estado y la sociedad civil”¹⁰³. Este carácter del sistema de los derechos fundamentales se pone de manifiesto en la regulación constitucional de los sistemas social y económico y en algunas instituciones singulares, como la de la iniciativa legislativa popular, pero, lo que es más importante, también en el sistema constitucional de derechos fundamentales. Éste “no constituye un sistema o subsistema autosuficiente circunscrito a su lógica interna (positivismo), o a las exigencias de reducción de la complejidad ambiental con vistas a la conservación del sistema social (*Systemtheorie*); pero tampoco responde a un sistema de valores trascendentes, apriorísticos y ajenos a la experiencia y a la historia (iusnaturalismo ontológico)”. Antes bien se trata de “un sistema abierto a la experiencia social e histórica a través de su conexión con el principio de la soberanía popular”. La relación entre los derechos fundamentales y la ‘soberanía popular’, permite una “interdependencia entre la legitimación axiológica y sociológica de los derechos fundamentales y las reglas de su funcionamiento normativo. De modo que la soberanía popular opera como orientación de *input* óptimo para maximizar cuantitativamente el consenso crítico-racional sobre las demandas o necesidades sociales que fundamentan el sistema de derechos y libertades; y, a la vez, el *output* óptimo en el sentido de asegurar, mediante la participación democrática, la adecuación del estatuto de los derechos fundamentales a las demandas de *input* social...De este modo, el principio democrático de la soberanía popular cumple el papel de fundamento *axiológico* de la legitimidad del sistema de derechos fundamentales, por asumir los *Grundwerte* o valores básicos comunitarios; de garantía *sociológica* de su eficacia, porque existe la razonable probabilidad de que la participación asegura la aceptación y cumplimiento del *output* normativo de su positivación; y el parámetro *formal*, porque el proceso participativo no se realiza arbitrariamente a través de un puro decisionismo, sino respetando los cauces normativos constitucionales (respeto de la unidad de sentido del estatuto de los derechos fundamentales), que articulan la estructura operativa de la soberanía popular

¹⁰³ *Los derechos fundamentales*, op. cit., pg. 151.

con el sistema de los derechos fundamentales en nuestro Estado de Derecho”¹⁰⁴.

Con esta última vinculación entre los derechos humanos y la “soberanía popular”, se elimina la dificultad de entender el “consenso” como determinante de la decisión, éste discurre a través de los cauces de participación previstos. Lo que ocurre entonces es que, por un lado, pierden sentido las referencias a unos valores previos que sirven de filtro a la decisión democrática y, por otro, los derechos ya no quedan referidos al ámbito “extrapositivo” con lo que también pierden sentido las referencias al iusnaturalismo crítico. La contradicción sólo puede salvarse, a mi entender, de tres modos. Bien entendiendo que (a) en caso de conflicto entre la soberanía popular y los valores, decide el juez, bien considerando que (b) el ejercicio de la soberanía popular siempre va a resultar conforme con el Derecho Natural; o bien, desde la idea de que (c) la soberanía popular no tiene, necesariamente, que adoptar las formas constitucionalmente previstas.

Si (a) la soberanía popular expresada a través de los cauces institucionales -que no son los tribunales, tampoco el Tribunal Constitucional- y respetando ‘la unidad de sentido de los derechos’ es ‘falible’, puede surgir el conflicto entre ella y el sentido del ‘*consensus omnium gentium*’ y el juez se verá obligado a elegir entre ambas repuestas. Sin embargo, esta interpretación no parece coherente con los presupuestos del autor que, precisamente, pretende apoyar la tesis de que existe una única respuesta correcta.

Si se entiende que (b) la soberanía popular así expresada siempre es conforme con el ‘derecho natural’, éste sirve al juez como elemento al que recurrir en caso ausencia, oscuridad o insuficiencia en cuanto a la norma aplicable (esto es, en cuanto al sentido de la decisión soberana).

Por último, si (c) la soberanía popular puede ejercerse al margen de las formas constitucionales, corresponde al intérprete la determinación del ‘consenso’ en los términos arriba explicados. Esta última interpretación parece más coherente con el planteamiento del profesor A.E. Pérez Luño, por lo que las críticas a su propuesta que consideramos en el capítulo sexto cobran sentido también en relación con este aspecto.

¹⁰⁴ *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 153-154

2. Los modelos iuspositivistas.

G. Peces-Barba y L. Prieto son dos autores que pretenden construir un modelo positivista de derechos fundamentales compatible con el carácter constitucional de esta categoría. Sin embargo, mantienen concepciones positivistas diferentes¹⁰⁵. Como más adelante mostraré, las diferencias entre estos dos autores parten de las premisas siguientes:

La primera se refiere a los ámbitos a que pretenden hacer extensivas las respectivas teorías. Así pues, mientras que G. Peces-Barba no pretende validez más allá del esquema del 'Estado democrático', L. Prieto pretende formular una teoría de carácter general que sirva para construir un concepto también general de Derecho.

La segunda tiene mucho que ver con la forma en que cada uno de estos autores concibe las relaciones entre el individuo y la organización política. Para G. Peces-Barba, cuando el Poder Político se organiza como Estado democrático, el Estado y el Derecho son 'buenos' para el individuo, por lo que desaparece la contraposición entre los 'intereses generales' y los 'intereses individuales que merecen ser tenidos en cuenta por el Estado'; sin embargo, L. Prieto mantiene la idea del Estado como potencial agresor -por acción y omisión- de la libertad e igualdad individual.

A partir de estas dos premisas, se producen divergencias entre ambos autores que afectan, por un lado, el modo de entender las relaciones entre el Derecho y la Moral en el Estado constitucional (en la obra de G. Peces-Barba, aparece como Estado Democrático) y, por otro, a la función que atribuyen a los derechos.

Respecto a la primera de las cuestiones enunciadas, G. Peces-Barba presupone una conexión necesaria, es el 'positivismo ético'¹⁰⁶; de esa conexión, se deriva el deber de obediencia a las normas que se producen en el marco de un sistema democrático. L. Prieto, por el contrario, mantiene que ni en este tipo de Estado la

¹⁰⁵ PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, pg. 11, "la expresión positivismo no es ciertamente unívoca; son varios los significados que adopta en el lenguaje de los juristas que se reclaman positivistas..."

¹⁰⁶ PECES-BARBA, G., "Acuerdos y desacuerdos con una obra importante", Epílogo al libro de ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, 1ª edición, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173, pg. 166. Este positivismo ético "se diferencia del positivismo por esa relevancia que otorga a la moralidad que sitúa como componente necesario del derecho. No es un adorno, sino que forma parte del contenido esencial de lo jurídico".

conexión entre Derecho y Moral es necesaria -no todas las normas del Estado constitucional comparten 'la virtud moral de los principios y valores constitucionales'¹⁰⁷; ni la 'moral social' -que es la que al fin y al cabo se acoge- agota la 'moral crítica', por lo que tampoco en relación con este Estado existe un incondicional deber moral de obediencia¹⁰⁸.

De las respectivas posiciones acerca del carácter ético del Estado democrático, se derivan varias diferencias entre la teoría jurídica de los derechos de L. Prieto y la del profesor Peces-Barba que condicionan la importancia que en el concepto de derechos asumen las vertientes ética, política y jurídica y resulta interesante subrayar.

En primer lugar, G. Peces-Barba parece admitir desde el positivismo ético o corregido que la relación 'necesaria' entre Derecho, Política y Moral en el ámbito del Poder que se organiza como Estado de Derecho, se manifiesta en los valores superiores de los que se derivan los derechos fundamentales. Así, el Poder Político está limitado en cuanto a la decisión sobre qué contenidos considera derechos fundamentales -ya nos referimos en otro lugar-; debe tratarse de exigencias éticas de dignidad susceptibles de hacerse eficaces a través del Derecho positivo.

Por el contrario, L. Prieto considera que el concepto jurídico de los derechos fundamentales debe elaborarse desde el Ordenamiento de que se trate. Para determinar si en un Ordenamiento existen derechos humanos, basta con comprobar que el uso del término en el seno de éste 'se ajusta en general a las reglas de la comunidad jurídico-lingüística', pero un concepto jurídico de derechos fundamentales sólo puede construirse teniendo en cuenta el sistema concreto¹⁰⁹. Por tanto, parece que

¹⁰⁷ PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit., pg. 86.

¹⁰⁸ Al respecto conviene señalar que la moral social hace referencia a la moral 'socialmente' compartida, en ningún momento el positivismo ha pretendido negar la existencia de un condicionamiento entre el Derecho y esta moralidad que suele coincidir con la moral de los poderosos. A la moral social, opone L. Prieto la 'moral crítica', que es aquella moralidad racional o esclarecida desde la que es posible enjuiciar la 'moral social' y que en el autor adquiere un carácter individual. Precisamente, el argumento fundamental a favor del positivismo lo va a constituir en la obra de L. Prieto la necesidad de salvaguardar la posibilidad de crítica a la concepción de la justicia que expresa el Derecho desde la moral esclarecida. *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit., pp. 83-92.

¹⁰⁹ "la búsqueda de un concepto jurídico de derechos humanos o fundamentales comporta una doble tarea de muy distinta naturaleza, de un lado, una labor crítica y en parte metajurídica destinada a constatar si, más allá de alguna eventual proclamación retórica, el sistema ofrece una articulación jurídica de los valores de dignidad, libertad e igualdad, es decir, si recoge una tabla de derechos equiparable y homologable con los catálogos de derechos que suelen recibir el nombre de humanos o fundamentales; y, de otro, una labor estrictamente dogmática, orientada a dilucidar el significado y alcance de esos derechos

desde la perspectiva del autor, sólo a partir del Ordenamiento en cuestión es posible elaborar una teoría adecuada de los derechos. Esto es, “la pregunta acerca de qué son, aquí y ahora, los derechos fundamentales sólo puede ser respondida a la luz de las prescripciones de un concreto sistema jurídico”¹¹⁰.

Una segunda diferencia entre la concepción de los derechos de L. Prieto y la de G. Peces-Barba, que también se refiere a las vinculaciones que mantienen los derechos considerados desde el Derecho con sus vertientes ética y jurídica (y tiene consecuencias para el alcance que estos autores atribuyen a la función objetiva en relación con la función subjetiva) parte de la idea de que en G. Peces-Barba la vinculación permanece y afecta al funcionamiento ‘jurídico’ de los derechos; no es así en L. Prieto, autor para quien “los derechos fundamentales se conciben, en efecto, mucho más como una cuestión de justicia que de política”, lo que supone que las concepciones de la mayoría pueden proyectarse sobre el ámbito protegido por las libertades, pero de forma muy restringida y siempre vigiladas por el control jurisdiccional. Cualquiera que sean las circunstancias políticas y las razones de Estado, ese control garantiza, cuando menos, lo que hoy llaman algunas Constituciones el “contenido esencial” de los derechos, así como un examen preciso de la justificación, racionalidad y proporcionalidad de toda medida limitadora. En suma, siempre una protección mínima del derecho y nunca una limitación innecesaria o no justificada podrían ser los lemas del sistema de derechos fundamentales en el marco constitucional”¹¹¹. Esta distinta concepción de los derechos se manifiesta también en los respectivos tratamientos del problema de la libertad como norma de clausura. La construcción que el profesor Prieto efectúa de la norma de clausura parte del art. 16 de la Constitución Española. Este precepto garantiza la *libertad ideológica, religiosa y de culto*. A su entender, para que la protección constitucional tenga sentido, debe entenderse referida también a las acciones consecuencia de la respuesta al ‘acto de fe’ que son las que trascienden a terceros.

Dado que las exigencias de la conciencia se presentan como potencialmente

en el concreto ordenamiento jurídico”, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 96.

¹¹⁰ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 97

¹¹¹ PRIETO, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Ley, principios, derechos*, op. cit., pg. 71. De donde ‘justicia’ aquí se refiere al ámbito de lo ‘jurídicamente controlable’.

ilimitadas, es imaginable que algunas de las manifestaciones de la libertad ideológica, religiosa y de culto colisionen con deberes positivos o negativos impuestos por el Estado. El problema, será doble; de una parte surge la necesidad de determinar qué manifestaciones de la libertad ideológica pueden ampararse en el art. 16; de otra, habrá que valorar en qué medida primaría esta libertad cuando existe un deber jurídico de realizar determinada conducta contrario a imperativos de conciencia.

A grandes rasgos el argumento es el siguiente: si concluimos que la Constitución protege cualquiera de las posibles respuestas al “acto de fe”, también debemos admitir que el conflicto entre deber jurídico e imperativo moral debe plantearse como un supuesto de límites de derechos fundamentales “de aceptarse la tutela jurídica de una libertad de conciencia en los términos propuestos, resultaría que las inmunidades y facultades que hoy cabe delimitar en el conjunto del Ordenamiento como expresiones legítimas de libertad religiosa no serían un catálogo exhaustivo, sino un elemento ejemplificador; más allá de lo que taxativamente autoriza la Constitución, la LOLR, los acuerdos con la Santa Sede, la LODE y tantos otros documentos legislativos, existiría una norma general de libertad cuya misión sería ofrecer tutela jurídica a aquellos comportamientos nacidos de un dictamen moral o de conciencia”¹¹².

Conviene reproducir la definición de la libertad religiosa de I. C. Ibán porque es el punto de partida de la construcción de L. Prieto y precisamente por hacer posible hablar de una norma general de libertad constituye el blanco de las críticas de G. Peces-Barba. El profesor arriba citado concibe la libertad en cuestión como un “valor radicalmente laico” caracterizado por ser un derecho también “radicalmente individual”, diferente a la libertad de religión, del que “es sujeto todo individuo, y que concebido como derecho fundamental tiende a identificarse con la totalidad de los derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, del derecho radicalmente individual en virtud del cual todo sujeto puede decidir, en libertad, acerca de cuál es el fin de su presencia en la historia y actuar en coherencia con tal decisión”¹¹³. Así entendida, la libertad religiosa abarca las tres vertientes del artículo 16 de la Constitución que garantiza “la libertad

¹¹² PRIETO, L., “El derecho fundamental de libertad religiosa”, *Curso de Derecho Eclesiástico*, Universidad Complutense de Madrid, 1991, Cap. Séptimo, pp.299-341, pg.329.

¹¹³ IBAN, I.C., “La libertad religiosa como derecho fundamental”, *Anuario de derechos humanos*, nº3, Madrid, 1985, pp.163- 174.

ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Y es que “la libertad de conciencia, que en nuestra Constitución se despliega en la «libertad ideológica religiosa y de culto»(art. 16.1), no sólo permite formar y exteriorizar libremente las propias convicciones, reunirse y asociarse en torno a ellas o hacer proselitismo de las mismas, sino que autoriza también a comportarse de un modo coherente con esas ideas”¹¹⁴. El límite a los comportamientos que se entiendan amparados por la libertad de conciencia vendrá dado por la concepción del papel de la libertad en el Ordenamiento y, en definitiva, condicionará la admisión o no de la referida ‘norma general de libertad’. En el presente trabajo, interesa, en cualquier caso, la vertiente de “derecho autonomía” en la que libertad ideológica y libertad religiosa aparecen equiparadas, por lo que resulta preferible hablar de libertad de conciencia¹¹⁵. En opinión del profesor G. Peces-Barba con la definición antes reproducida “se otorga a la libertad religiosa una función que excede el marco del Derecho para insertarla en el ámbito del destino moral del hombre (...) Es como si se prescindiese de los límites del lenguaje normativo y se atribuyese al Derecho una tarea hercúlea que abarcase a la totalidad de la vida humana, la tarea imposible de escalar el cielo”¹¹⁶ de modo que la confusión en cuanto a lo que libertad religiosa puede significar, obedece a la confusión “de la idea de libertad”. La concepción de la libertad de conciencia de L. Prieto –próxima, por el contrario, a la de I. C. Ibán- le lleva a una interpretación del valor libertad cuya defensa constituirá el elemento que diferencia la teoría de los derechos de L. Prieto de la de G. Peces-Barba en este punto.

En efecto, la libertad del 16.1 va a ser un “derecho fundamental” concreción del

¹¹⁴ GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia*, op. cit., pg. 256. PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, Cap. VII, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, pp. 153-166, pg.162 se expresa en el sentido de concebir la libertad de conciencia como “una libertad eminentemente práctica que consiste no sólo en pensar y creer sin ataduras jurídicas, sino sobre todo en actuar de forma coherente con las propias convicciones”. En adelante haré frecuentes referencias al planteamiento de esta autora que desarrolla algunas de las tesis de L. Prieto.

¹¹⁵ PRIETO, L., *Curso de Derecho Eclesiástico*, op. cit., utiliza libertad de pensamiento para englobar libertad ideológica y libertad religiosa. PECES-BARBA, G., se refiere al derecho individual a la conciencia como aquel concepto más amplio que comprende la libertad ideológica y religiosa sinónimo de libertad de pensamiento en “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 395-410.

¹¹⁶ “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, op. cit. , pp.395-400, pg. 396.



valor “libertad” -en ello coinciden tanto los profesores Ibán y Prieto cuanto G. Peces-Barba-. Sin embargo, las dificultades aparecen a la hora de delimitar el significado de “libertad”. De las múltiples acepciones del término, parece que la relevante para conceptualizar la “libertad de conciencia” va a ser la que interpreta libertad como *autonomía*. En este sentido, podemos tomar como definición, que nos permite entender las distintas posiciones de estos autores, la de C.S. Nino, quien afirma: “principio de *autonomía de la persona* prescribe que *siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución*”¹¹⁷. La libertad ideológica y religiosa va a servir muy directamente a esa libre elección y satisfacción de planes de vida -en la definición de C.I. Ibán que venimos manejando, prácticamente se solaparía con el “principio de autonomía”-.

G. Peces-Barba para precisar el alcance que atribuye al derecho de la Constitución Española dentro de esa noción tan amplia de “libertad religiosa”, utiliza una distinción recurrente en sus obras desde la que se diferencian “tres aspectos distintos del concepto libertad”, la libertad psicológica, la libertad moral y la libertad social y jurídica¹¹⁸. La libertad moral va a coincidir con el contenido del principio de autonomía tal y como lo hemos definido, y constituye el “objetivo” de la libertad psicológica o libertad de acción y de la libertad social, política y jurídica¹¹⁹. El

¹¹⁷ NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, pp.199-236 y 413-446. PRIETO, L., *Derecho Eclesiástico*, op. cit. también interpreta el valor “libertad” del art. 1.1 C.E. como autonomía en el mismo sentido al sostener que la libertad como meta del sistema de organización política “supone reconocer al individuo y a su autonomía como el fin último al que debe enderezarse toda la actuación del Estado” (pg. 185).

¹¹⁸ “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, op. cit. pg. 396.

¹¹⁹ PECES-BARBA, G., se refiere -en otro lugar hicimos referencia a esta idea- al “dinamismo de la libertad” como “el movimiento que conduce de la libertad de elección a la libertad moral, y supone el desarrollo de la condición humana. La libertad de elección es el fundamento de la libertad moral: sólo podemos hablar de libertad moral porque podemos elegir libremente. Por su parte, la libertad moral es la razón de ser de la libertad de elección: sólo hay libertad de elección con sentido si existe la libertad moral como meta, una meta histórica que cada hombre pretende alcanzar en su vida situada en el tiempo, y para los hombres de fe religiosa, trascendiendo al tiempo en su encuentro con Dios”, “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, op. cit., pg. 398.

profesor Peces-Barba, mantiene la necesidad de ubicar la “libertad religiosa” en la “libertad jurídica”.

La distinción entre los tres ámbitos del término libertad¹²⁰ en relación con la libertad ideológica y religiosa se desarrolla como crítica a I.C.Ibán. Sin embargo, no parece que exista contradicción en afirmar que la “libertad ideológica y religiosa” forma parte de la “libertad jurídica” y definir a la vez la libertad religiosa como *el derecho radicalmente individual en virtud del cual todo sujeto puede decidir, en libertad, acerca de cuál es el fin de su presencia en la historia y actuar en coherencia con tal decisión*, salvo que partamos de un concepto de libertad jurídica -y, en definitiva, de derechos fundamentales- que implique una integración del individuo en el Estado a la manera de Häberle. Concepto que, precisamente, parece estar presente en la teoría de G. Peces-Barba y en la interpretación del Tribunal Constitucional.

La “libertad ideológica y religiosa” es una “libertad jurídica” especificación del valor libertad del 1.1 que garantiza las condiciones para que cada uno elija el plan de vida que considere adecuado. Las dificultades aparecen a la hora de introducir restricciones a los planes de vida que pueden ser “ejecutados” para hacer posible la convivencia puesto que “el respeto a ultranza del derecho individual de libertad de conciencia conduciría inexorablemente a la desaparición del Estado y el Derecho”¹²¹. En este punto es en el que en mayor medida se ponen de manifiesto las diferentes concepciones de la relación individuo-Estado de los profesores L. Prieto y G. Peces-Barba¹²².

¹²⁰ Que, por otra parte, ocupa un lugar de extraordinaria relevancia en el contexto del análisis del fundamento dentro de la teoría de los derechos de PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., de modo especial, pp. 228-243.

¹²¹ LLAMAZARES, D., “Supuestos de discordancia entre norma de conciencia y norma jurídica: privacidad, desobediencia civil y objeción de conciencia”, op. cit., pg.684.

¹²² Y a esta idea responde el “inamovible” ‘no existen derechos ilimitados’ del Tribunal Constitucional Español, GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pg. 284: “que “no existen derechos ilimitados” se ha convertido casi en una cláusula inamovible de todos los fallos en que se abordan este género de problemas”. No todas las “restricciones” al contenido de los derechos fundamentales son planteadas por nuestro T.C. como cuestiones de límites a los mismos y, por consiguiente, sometidas, a su vez, a las limitaciones del contenido esencial y de la exigencia de que vengan impuestas por la necesidad de garantizar otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos. En la jurisprudencia constitucional se distinguen las limitaciones de las meras “delimitaciones del contenido del derecho”; sólo el primer caso las normas de desarrollo están sometidas a las precauciones apuntadas. La delimitación de derechos no supone sino una acotación de la mera “libertad natural” que no puede ser protegida por el Derecho sin perjuicio de la organización social.

En todas las libertades existen zonas de penumbra en las que determinar si nos encontramos ante el ámbito de libertad jurídicamente protegida es difícil, pero cuando se alega frente al cumplimiento de un deber la libertad ideológica y religiosa los contornos se difuminan hasta el punto que puede decirse que desaparecen: “planteado el problema en relación con la libertad de conciencia, no parece fácil discernir entre actividades que constituyen un ejercicio extralimitado del derecho, pero ejercicio al fin y al cabo, de aquellas otras que nada tienen que ver con el derecho, y ello aunque sólo sea porque las exigencias que derivan de la conciencia son potencialmente ilimitadas”¹²³.

La tesis de Marina Gascón, quien retoma los planteamientos de L. Prieto, es que “todo deber jurídico puede ser considerado en hipótesis como un límite a la libertad de conciencia”, de forma que “en un modelo de libertades públicas los imperativos -mandatos y prohibiciones- funcionan como límites a la regla general de libertad, y no las libertades como excepciones a una regla general de obligación”¹²⁴. Esa situación en la que imperativos de conciencia entran en conflicto con imperativos jurídicos, es denominada por la autora “objeción de conciencia” y la consecuencia que hace derivar de la “libertad ideológica y religiosa” es la existencia de un “derecho general a la objeción de conciencia” que consiste en que *siempre que el comportamiento conforme con la propia conciencia vulnere alguna obligación jurídica, el caso sea considerado como un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, como un problema de colisión entre el derecho individual y los valores protegidos*¹²⁵.

¹²³ GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, op. cit. pg. 278. Entiende además que “la tesis de la limitación-delimitación de los derechos fundamentales nos conduce a un resultado similar al que llegaba la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre la base de distinguir entre conductas que constituyen la práctica de una religión o creencia y conductas simplemente motivadas por alguna religión o creencia”.

¹²⁴ *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, op. cit., pg. 280.

¹²⁵ *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, op. cit. pg. 281, “si la objeción de conciencia es un derecho general derivado del art. 16 de la Constitución, ello significa que, en presencia de un deber jurídico incumplido por alegados motivos de conciencia, el juez no debe sancionar sin más, sino que viene obligado a plantear la cuestión como un problema de colisión entre dos bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento: la libertad del sujeto para comportarse según su propio dictamen moral y los valores o derechos en atención a los cuales el legislador estableció un determinado deber jurídico”. No se trata, por tanto, de defender un derecho ilimitado a la desobediencia. Esta interpretación del alcance del art. 16.1 parecía la adoptada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 15/82, de 23 de abril y 53/85, de 11

El derecho general a la objeción de conciencia que propone M. Gascón, no tiene esas implicaciones que G. Peces Barba¹²⁶ -y también el Tribunal Constitucional- pretenden eludir negándolo. No obstante, para evitar equívocos, parece más adecuado hacer referencia a un “principio general de libertad” que es la fórmula a que L. Prieto traduce el “derecho general a la objeción de conciencia”. A continuación, pasamos a desarrollar las implicaciones que tiene aceptar ‘cláusula general de libertad’ así como algunas de las críticas que frente a la misma se formulan..

L. Prieto y Marina Gascón esgrimen como argumento en favor de la norma general de libertad la coherencia de los valores que inspiran el Ordenamiento; en su opinión, supone optar por el modelo de Locke frente al modelo hobbesiano de relación individuo-Estado¹²⁷. La opción de G. Peces-Barba por el ‘modelo hobbesiano’¹²⁸ tiene su contrapartida en el positivismo ético (o corregido) de su Teoría del Derecho; existe un deber de obediencia en el marco del ‘Estado democrático’ porque este Estado asume como objetivo la garantía de la dignidad humana y, por

de abril. Sin embargo, en la Ss del Tribunal Constitucional 160/87 y 161/87 viene a afirmar que “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que no estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado”. STC 161/87, FJ 3. Ver el fundamento citado en los “Textos y Documentos” preparados por ANSUÁTEGUI, F. J., dentro del libro colectivo que edita PECES-BARBA, G., *Ley y Conciencia*, B.O.E.-Universidad Carlos III de Madrid, 1993, pp. 153-187, pp. 175-177.

¹²⁶ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 363-365.

¹²⁷ GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, op. cit. pg. 280: “en cierto modo, y aunque sólo sea a efectos comparativos, nos hallamos ante el dilema de acoger la concepción hobbesiana de la libertad o de inclinarnos por la que avala la tradición liberal desde LOCKE. Si, como pensaba HOBBS, “la libertad de un súbdito yace... sólo en aquellas cosas que al regular sus acciones el soberano ha omitido”, entonces es cierto que el legislador puede incrementar sin tasa ni mayor justificación el número de deberes jurídicos, si bien al haber constitucionalizado hoy esos espacios de libertad, habrá de poner cuidado en no invadir el contenido estricto de cada concreta libertad; en todo caso, se trata de una concepción de la libertad como excepción, como área de inmunidad rigurosamente delimitada, fuera de la cual puede desenvolverse el legislador sin temor a vulnerar los derechos. Si, por el contrario, estimamos que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás “ y que la “ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad”, la perspectiva cambia por completo, pues ahora la “carga de la prueba” recae sobre el legislador cuya competencia no es ilimitada, ni condicionada sólo por el respeto a unas inmunidades concretas, sino circunscrita a la protección de ciertos valores o bienes; es decir, no sólo ha de acreditarse el respeto al derecho de libre expresión, reunión o asociación, sino que ha de justificarse que la imposición de un deber que irremediamente restringe la libertad del individuo, resulta necesario para preservar otros derechos o bienes. Se trata pues, de una concepción de la libertad como regla”. En cuanto a PRIETO, L., ver “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 159.

¹²⁸ Aunque más que hablar de ‘modelo hobbesiano’ yo hablaría de ‘modelo republicano’ como contrapuesto a ‘modelo liberal’.

tanto, los intereses individuales que merecen protección coinciden con el interés general.

El primero de los autores citados, defiende la existencia de esta cláusula sobre la base de dos argumentos combinados. Por un lado parte de la insuficiencia de la referida distinción jurisprudencial entre “lo que es la estricta delimitación conceptual de un derecho fundamental y lo que constituye una limitación externa o añadida”, que trata de “poner de relieve que, aunque todos los mandatos y prohibiciones limiten de algún modo la libertad natural, no todos limitan, sin embargo, la libertad jurídica expresada a través de los derechos fundamentales”. En su opinión, la ‘claridad’ de esta tesis es sólo aparente porque “pocas veces el contenido de un derecho fundamental se muestra tan indubitado que permita discernir con toda precisión cuándo cierta obligación jurídica representa un límite al derecho y cuándo es una interferencia en la mera libertad natural, ajena a los derechos fundamentales”¹²⁹.

Por otro, existen razones en favor de concebir los derechos más como especificación de un *principio/derecho general de libertad* que como categorías autónomas referidas a manifestaciones concretas.

R. Alexy¹³⁰ analiza las objeciones formuladas frente al “derecho general de libertad”¹³¹. Puesto que el contenido de este derecho viene a coincidir con lo que en L. Prieto se formula como “norma general de libertad” y en M. Gascón “derecho general a la objeción de conciencia”, vamos a pasar revista a estas objeciones y a los argumentos que en paralelo desarrolla R. Alexy para rebatirlas.

En conjunto, Alexy se refiere a cinco objeciones contra la concepción de un derecho general de libertad:

- a.-La que afirma que, de admitirse, sería un derecho ‘vacío’.
- b.-La ‘objeción histórica’.

¹²⁹ PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 154-156.

¹³⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., Cap. Séptimo, “El derecho general de libertad”, pp. 331-380.

¹³¹ Que el Tribunal Constitucional Federal Alemán hace derivar del art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn conforme al cual todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral. Para Alexy, el derecho general de libertad supone la constitucionalización de un derecho *prima facie* a que el Estado no impida las acciones y omisiones del titular.

c.-La ‘objeción sistemática’.

d.-La ‘objeción del contenido’.

e.-La que se opone a la admisión de un ‘derecho fundamental a la constitucionalidad de toda acción estatal’.

El autor divide la primera de las objeciones referidas en dos tesis: *la tesis de la no tipicidad*, y *la tesis de la falta de substancia* que resumen el significado de lo que supone afirmar que nos encontramos ante un derecho vacío.

La tesis de la no tipicidad afirma que la concepción del derecho general de libertad “conduce a una norma iusfundamental sin supuesto de hecho”¹³². Sin embargo, Alexy destaca que el contenido del derecho general de libertad puede enunciarse con la norma de que “toda acción (hacer u omisión) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional” que puede reformularse como “si *x* es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, *entonces* está permitida la realización de *x*”. Se trata de una norma permisiva que no difiere de otras normas permisivas en su estructura externa¹³³, en cuanto a la estructura interna existe una diferencia en lo que se refiere a la amplitud del supuesto de hecho; en esta divergencia incide la crítica de la falta de sustancia.

La tesis de la falta de substancia señala que “la concepción del derecho general de libertad vuelve imposible una vinculación del legislador “desde el costado de la libertad””; vendría a decir que la libertad general de acción, precisamente por la amplitud del supuesto de hecho, no suministra criterios para saber qué restricciones son admisibles por lo que “sería un derecho determinado única y exclusivamente desde las restricciones”¹³⁴. El problema del derecho general de libertad tal y como lo concibe R. Alexy, no es que la amplitud del supuesto de hecho lo convierta en una norma vacía de contenido, sino que precisamente “un supuesto tan amplio como el del derecho general de libertad exige una correspondientemente amplia versión de la cláusula restrictiva”¹³⁵.

¹³² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 336.

¹³³ S y no R - C; Donde S es el supuesto de hecho. R la cláusula restrictiva, y C la consecuencia jurídica.

¹³⁴ *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 338.

¹³⁵ *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 334.

Para objetar la segunda de las tesis enunciadas -de la falta de substancia- busca un punto común con sus defensores; así, encuentra acuerdo en la idea de que “que al individuo le corresponde, con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas, una medida lo más amplia posible de libertad para hacer u omitir lo que quiera” como clave de la legitimidad “liberal” del Estado.

A partir de ahí, y siempre en opinión de R. Alexy, la virtualidad del “derecho general de libertad” como límite al legislador se desarrolla en su nivel de principio. El objeto del “principio general de libertad” va a ser “la libertad negativa en sentido estricto” -frente a la “libertad negativa en sentido amplio” que junto a la “libertad liberal” incluye “cosas tales como la libertad socio-económica”-. Como principio, va a exigir “una medida más alta posible de libertad jurídica” -además de una ‘optimización’ en cuanto a la no afectación de situaciones y en cuanto a la no eliminación de posiciones jurídicas en la mayor medida posible- y en este sentido es traducible como “principio de la libertad jurídica” que supone “que las alternativas de acción sean afectadas lo menos posible por mandatos y prohibiciones”. Exige, que cualquier medida que limite las alternativas de acción sea “adecuada”, “necesaria y sometida a la “ley de la ponderación”.

En las dos primeras aplicaciones del principio de proporcionalidad, “la libertad negativa no se diferencia en nada de los otros principios: todo aquello que afecta la realización del principio puede ser sometido a un examen de adecuación y necesidad”¹³⁶, sin embargo, “la ley de la ponderación exige -en caso de que aumente la intensidad de una afectación de la libertad- un creciente peso de las razones que justifiquen la afectación”. Y precisamente, es este momento el que sirve a las tesis de la falta de substancia para justificar su posición; para los defensores de este tipo de argumentos en contra del ‘principio general de libertad’ no es posible valorar la “intensidad” de la afectación sin hacer referencia a libertades concretas¹³⁷.

Frente a este argumento, Alexy afirma que en ocasiones “es posible constatar, en cierta medida, la intensidad de afectaciones a la realización del principio de la

¹³⁶ *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 342.

¹³⁷ A este argumento puede reconducirse el razonamiento de DWORKIN, R., para negar la existencia de un “derecho a la libertad” en “¿Qué derechos tenemos?”, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 380-395.

libertad negativa sin necesidad de recurrir a otros principios concretos”. Pero además, es en las conductas que no aparecen directamente amparadas por derechos concretos cuando la norma general de libertad desarrolla sus virtualidades.

En la concepción de R.Alexy, que por otra parte coincide con la de L. Prieto¹³⁸, la libertad negativa aparece como condición necesaria suficiente de la dignidad humana -aunque para ninguno de estos autores se trata de una condición suficiente-. Por eso, aunque los “derechos concretos” también sean necesarios para aquel valor, no deja serlo el “derecho general de libertad”; las dificultades vendrán dadas, por la ambigüedad de los conceptos de dignidad y de libertad, sin embargo, estas dificultades -como veíamos- no pueden llevar a afirmar la falta de substancia de la norma general de libertad.

La estrategia frente a esta tesis pasa por poner de manifiesto la existencia de “puntos” comunes en las diferentes concepciones de “dignidad” y por defender, a partir de estos puntos comunes, la posibilidad de “consensuar” un contenido que permita defender un “concepto unitario y de diferentes concepciones de dignidad de la persona”¹³⁹. Desde ahí, como de lo que se trata a través del “derecho general de libertad” es de proteger “jurídicamente” la dignidad humana, es posible encontrar también un contenido del “concepto libertad” sobre el que aplicar la ‘ley de la ponderación’. Así, en palabras de R.Alexy, se hace necesario subrayar que “de lo que se trata es del aseguramiento de la dignidad de la persona a través del derecho”, por esta razón “a lo que se hace referencia tiene que ser una libertad externa que consiste en que no se impide al individuo a través de la coacción externa, la elección entre diversas alternativas de decisión, pues, de otra manera, en un contexto *jurídico*, no podría hablarse de la “independencia de la persona” y de una “personalidad autorresponsable”” -por tanto, también es una libertad negativa-. En la interpretación de la libertad ideológica y religiosa a la que veíamos se adhería L. Prieto, esta libertad deriva fácilmente del derecho que el artículo 16.1 CE otorga a cada uno de comportarse conforme a sus propias creencias.

¹³⁸ PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 153-166, recurre, junto al 16.1 CE al valor libertad del 1.1 CE -más arriba nos referíamos a ello- y al art. 10.1 CE que sitúa la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el fundamento del “orden político”.

¹³⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 345.

La virtualidad de la norma general de libertad como principio, más adelante la desarrollaremos con algo más de detenimiento, está en que exige razones suficientes que justifiquen cualquier restricción de la libertad negativa, “también para aquellas relativamente insignificantes” que aparentemente nada tienen que ver con la dignidad humana. De esta forma, se evita que en estos ámbitos de libertad de acción, el individuo se vea sometido a arbitrariedades.

Desde el punto de vista del contenido, la norma general de libertad aparece - además de útil y posible- como perfectamente coherente con los principios que articulan el Estado de Derecho. Veamos ahora la defensa de R. Alexy frente a las restantes objeciones.

La crítica que se manifiesta como objeción histórica se dirige fundamentalmente frente a la afirmación de que “los derechos fundamentales surgen históricamente de las “respectivas situaciones especiales de deseo de seguridad o de peligro acuciante” y, por ello, deberían ser considerados como “seguridades relacionadas con un ámbito de protección totalmente determinado” o, como “garantías puntuales”, lo que es inconciliable con la concepción de un derecho general de libertad”¹⁴⁰. R. Alexy se refiere a tres argumentos con los que intenta rebatir este tipo de objeciones. El primero, también histórico, es el de la proclamación de la libertad en general como principio. Según el cual, existe, junto a la “línea “concreta” de la tradición” una línea “abstracta”. Testimonios de ella son el art. 4 párrafo 1 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*: “*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce, qui ne nuit pas à autrui: ainsi l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces memes droits*”¹⁴¹. El segundo argumento viene referido al Derecho alemán y se cifra en la *tabula rasa*. Supone que la Declaración de derechos de la L.F.B inicia una nueva etapa en la ‘tradición’ de los derechos fundamentales. Al margen de que históricamente los derechos nazcan como garantías concretas o como especificaciones de un principio general de libertad, la LFB contiene esta garantía genérica¹⁴² -que

¹⁴⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 359.

¹⁴¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 360.

¹⁴² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 360, “Este argumento puede apoyarse en la génesis del artículo 2 párrafo 1 LF” una de cuyas versiones originarias rezaba: “cada cual tiene la

puede leerse en los artículos 1.1, 10.1 y 16.1 de la CE. El último argumento tiene que ver con la concepción que a lo largo de sus obras mantiene R. Alexy a propósito del razonamiento jurídica. Desde esta concepción es “tarea esencial de la ciencia del derecho y de la jurisprudencia”, “fundamentar en normas generales las normas concretas”. Y parece que “la aceptación de un derecho general de libertad es susceptible de una fundamentación iusfundamental razonable” que no puede ser rechazada sobre la base de un argumento histórico que se apoya en una tradición ambigua¹⁴³.

La objeción sistemática rechaza el derecho general de libertad por suponer un sistema axiomático cerrado de derechos fundamentales. Si consideramos que el ‘derecho general’, tal y como es caracterizado por Alexy, no es sino condición necesaria no suficiente para la protección de la dignidad, el argumento se desmonta: no todo lo que está protegido por derechos concretos es especificación de la ‘libertad general negativa’ y entre los que sí lo son, constituyen ‘el resultado de ponderaciones’ y no deducciones directas del derecho general de libertad.

Por ello se dice que la norma general de libertad es norma de clausura en un sentido ‘restrictivo’, lo que supone que “el sistema es cerrado en la medida en que el derecho general de libertad protege ampliamente *prima facie* la libertad negativa”. Y “norma de apertura” por cuanto “mantiene abierta la posibilidad de nuevos derechos definitivos, como así también de nuevos derechos tácitos”.

Un modelo de derechos fundamentales como sistema axiomático cerrado supondría que del valor “constitucional supremo” de dignidad humana, se deduciría el “derecho general de libertad” y el “derecho general de igualdad” que, a su vez, exigen los “derechos especiales de libertad e igualdad”. Sin embargo, esta concepción, es insuficiente para explicar todo el catálogo de derechos fundamentales de la LFB y lo sería para explicar la tabla española si tenemos en cuenta que el derecho general de libertad del que venimos hablando acoge el concepto de “libertad negativa liberal”.

La cuarta de las objeciones arriba enunciadas, es decir, la del contenido, se

libertad, dentro de los límites del orden jurídico y de las buenas costumbres, a hacer todo lo que no dañe a otro”.

¹⁴³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 361.

dirige contra la concepción liberal de libertad y los criterios de legitimidad liberales más que contra el principio general de libertad. Supone que “el derecho general de libertad es expresión de una concepción errónea del individuo y de su relación con el Estado y la comunidad”. Sin embargo, el derecho que propone Alexy no es ilimitado, y es en las restricciones donde entran los valores que reformulan el individualismo; pero que las restricciones sean fácilmente justificables en algunos supuestos de limitación de la libertad negativa, no significa -el argumento serviría para rechazar la tesis ‘limitación-delimitación’ del T.C.- que dejen de ser restricciones y que, como tales, deban justificarse. Contra el derecho general de libertad no se puede “aducir la imagen del individuo aislado”, pues no se trata de que siempre deba prevalecer esta libertad, sino de exigir que cualquier limitación de la ‘libertad natural’ -por tanto, que cualquier actuación del Poder Público-¹⁴⁴. La cuestión será, pues, si se considera o no valiosa para la dignidad la “independencia de la persona”.

La última objeción se opone a la admisión de una norma general de libertad como ‘derecho a la constitucionalidad de la acción del Estado’. Esta objeción aduce que “el derecho general de libertad, debido a su supuesto de hecho extremadamente amplio, que abarca no sólo toda acción sino también toda situación y posición jurídicas del titular de derecho fundamental, y a causa de su cláusula restrictiva que permite una intervención no *siempre*, sino *sólo* cuando ésta es formal y materialmente conforme a la Constitución, conduce a un derecho fundamental a la constitucionalidad de toda la actividad estatal...un derecho fundamental tal significaría la “subjektivización de principios constitucionales jurídico-objetivos” y conduciría procesalmente a una inaceptable ampliación del ámbito de los recursos de inconstitucionalidad”¹⁴⁵.

Desde el Derecho español, el argumento frente a esta objeción se encontraría en la estructura procesal del recurso de amparo. En nuestro ordenamiento, para acceder al amparo, es preciso alegar vulneración de situaciones subjetivas; si como L.Prieto,

¹⁴⁴ En el conjunto de la teoría de ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 369, a través de la ponderación, “el derecho general de libertad es introducido en la situación total de libertad de forma tal que la “referencia de la persona a la vinculación con la comunidad” puede, por una parte, ser tomada en cuenta sin mayor problema y, por otra, se mantienen los elementos de libertad necesarios para la “independencia de la persona”, también en la vida moderna”

¹⁴⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pg. 370.

se entiende el “derecho general de libertad” implícito en la libertad ideológica y religiosa, el derecho general de libertad se convertiría en un derecho a obtener una explicación de cualquier actividad estatal que se considerase atentaoria contra la libertad de conciencia.

Entramos, con esta última objeción en el problema de determinar las implicaciones de admitir una norma general de libertad. En este sentido, L. Prieto considera que la principal consecuencia de aceptar la norma general de libertad consistiría en que al mismo tiempo quedarían autorizadas todas aquellas actividades que la ley no *debe* prohibir¹⁴⁶. Se trataría de depurar el Ordenamiento de normas que “no persiguen en puridad la protección de ningún bien colectivo o de derechos de otras personas; tal es el caso, por ejemplo, de aquellos deberes impuestos en beneficio del propio sujeto obligado y que atienden a finalidades perfeccionistas o paternalistas. Como escribe Nino, estos deberes violan el principio de autonomía de las personas y restringen la libre elección de pautas morales, sin que a su vez esa restricción pueda justificarse sobre la base de que protegen la autonomía de otras personas”¹⁴⁷. En definitiva, obligaría al legislador a motivar cualquier norma que restringiera la “libertad” convirtiendo en operativa la exigencia de racionalidad del poder público¹⁴⁸. En la aceptación de la norma general de libertad se encuentran las funciones de los derechos en el punto de vista interno con su finalidad en el punto de vista externo: la constitucionalización de un sistema de derechos fundamentales, supone una opción por la protección del individuo que se convierte –además de en criterio de legitimidad cifrado en el contenido- en requisito del Estado de Derecho.

Conviene retomar los argumentos del profesor Peces-Barba para considerar en qué medida éstos ponen en cuestión la “norma general de libertad” tal y como es

¹⁴⁶ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 164. En esta virtualidad parece encontrarse la principal diferencia entre el “derecho general a la objeción de conciencia” de M. Gascón y el “principio general de libertad”; el individuo invoca “su libertad de conciencia, o su libertad a secas, dirigiéndose..., no a justificar su conducta en el caso concreto, sino a impugnar la propia legitimidad de la ley”.

¹⁴⁷ PRIETO, L., *Curso de Derecho Eclesiástico*, op. cit., pg. 331.

¹⁴⁸ “La racionalidad legislativa -o, al menos, cierto grado de racionalidad legislativa- es un presupuesto necesario para poder hablar de racionalidad en la aplicación del Derecho. Esto es lo que explica que cuando no se da esta circunstancia, esto es, cuando las normas a aplicar son de dudosa justificación ... aparecen lo que hemos llamado “casos trágicos”: el Derecho -la aplicación del Derecho- deja de ser un medio adecuado para alcanzar la justicia”, ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.

concebida por L. Prieto. Afirma el autor: “aunque el profesor Prieto toma muchas precauciones para evitar las consecuencias de debilitamiento de la autoridad de los deberes y obligaciones que deriven de valores sociales y que se vinculen al interés general, me parece que su planteamiento produce algunas dificultades en relación con una visión integral de los derechos fundamentales, como la que por otra parte defiende el profesor Prieto. Esta situación se complica por su esfuerzo de convergencia con la idea que M. Gascón defiende de un derecho general a la objeción de conciencia”. Este argumento podemos denominarlo de “debilitamiento de la autoridad del Derecho”; para reforzarlo, el profesor Peces-Barba recurre, a la idea de que la norma de cierre no puede confundirse con “un criterio de interpretación” a la necesidad de interpretar unitariamente todos los valores de modo que la libertad aparece como “sólo uno de los cuatro valores que fundamentan los derechos y además no es sólo cauce para mi libertad...sino para la libertad de todos, lo que incorpora una dimensión objetiva y de interés general, que se potencia con los otros tres valores de seguridad jurídica, de igualdad y de solidaridad...la norma de clausura que se pretende, como criterio material para la unidad y la coherencia del subsistema de los derechos orienta a la teoría de la justicia a una dimensión excesivamente subjetivista e individualista, que llega incluso a una posible disolución, o a una reducción mínima del Derecho con la tesis del derecho general a la objeción de conciencia que puede entenderse como una juridificación de la desobediencia civil, lo que es lógicamente contradictorio y conduce al anarquismo jurídico”. Por último, la crítica es ‘política’, “este punto de vista reduce el subsistema de los derechos fundamentales a los derechos como no interferencia derivados de la libertad protectora, y en todo caso a los derechos participación, aunque esto es ya dudoso...Un derecho general de libertad, tal como lo entiende el profesor Luis Prieto puede crear problemas a la generalización de la libertad, que él, por otra parte, defiende”¹⁴⁹.

Al primero de los argumentos, cabe contestar, que la norma de clausura en el sistema de L. Prieto, admite –como veíamos– excepciones. No se trata de mantener, sin más la libertad a ultranza, puesto que se admite, por un lado, que la libertad a que se hace referencia es la libertad jurídica. Tampoco (frente a la interpretación que en Alexy

¹⁴⁹ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 364-365.

veíamos de Dürig) los autores a los que nos hemos referido para desarrollar una interpretación de la norma de clausura que G. Peces-Barba critica y que, no obstante, parece perfectamente coherente con sus planteamientos, consideran deseable agotar en la libertad –que en la definición de la norma general de libertad es ‘negativa’– los valores del Ordenamiento; precisamente será la aceptación de otros valores la que permita argumentar las restricciones jurídicas a la libertad negativa. Además, también en cómo concibe el profesor Peces-Barba las relaciones entre los distintos valores y en la exigencia de razones para la intervención estatal en la libre elección de planes de vida que se desprende de la lectura de su obra parece darse una cierta primacía a la libertad

150

Por otra parte, y si aceptamos –como parecen aceptar tanto R. Alexy cuanto L. Prieto– que la “norma general de libertad” se refiere a la libertad negativa y no afecta a los restantes valores, la ‘crítica política’ que el profesor Peces-Barba dirige al profesor Prieto pierde fuerza. La necesidad, con fundamento en el valor igualdad –o en la libertad si se concibe como algo distinto que la libertad negativa– de que todos tengan las mismas oportunidades para el ejercicio de la libertad de elección, puede fundamentar restricciones a la libertad negativa¹⁵¹.

Las distintas concepciones sobre la norma de clausura nos remiten, pues, a un distinto planteamiento a propósito del mejor modelo de organización de la convivencia, si el liberal o el republicano. Efectivamente, tendremos ocasión de

¹⁵⁰ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 243, “respondida afirmativamente la pregunta sobre la posibilidad de actuación hay que plantearse ahora su sentido y límite. Me parece que éste sólo se puede situar en torno a tres ejes; cuando la elección suponga daño a la propia concepción del dinamismo de la libertad; cuando pueda afectar a las posibilidades de elección y a la libertad moral de terceros; o cuando su manifiesta imposibilidad de generalización, y de ser propuesta como modelo de comportamiento a los demás, impida el apoyo de un sistema, como el jurídico, que es de cooperación social, y que no puede estar al servicio del deseo subjetivo y arbitrario de cualquier individuo. En este último caso no nos situamos en el nivel de las prohibiciones, solo en los dos primeros, donde esos comportamientos pretenden preservar otros derechos, sino en el del individuo que tiene que hacer el esfuerzo, por sí sólo, para realizar su preferencia, sin ningún tipo de apoyo del sistema jurídico”.

¹⁵¹ Otra idea que apunta el autor a la hora de determinar la jerarquía de los distintos derechos y que parece suponer también una crítica al concepto de la norma general de libertad del profesor Prieto, es que no resulta fácil establecer una jerarquía de los derechos conforme a su proximidad con la dignidad humana, esfuerzos en este sentido como los que resuelven el problema “situando al derecho a la vida como el más importante o a la libertad ideológica, como pretende Luis Prieto, o a otros derechos como la propiedad que era por ejemplo, el más radical para los fisiócratas” llevarían “construcciones arbitrarias y subjetivas que no tienen mucho sentido, y que recordarían a las reconstrucciones exhaustivas del iusnaturalismo racionalista”, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 366.

comprobar que en virtud del alcance que se atribuye a la función objetiva, G. Peces-Barba se sitúa en la línea que atribuíamos a J. Habermas y L. Prieto en un lugar más próximo a E. W. Bockenforde y a R. Alexy¹⁵² -aunque Böckenforde frente a Alexy y L. Prieto no considera viable al 'función objetiva' desde la 'concepción liberal'-. En cualquier caso, las diferencias entre ambos planteamientos afectan tanto a la función dogmático-jurídica, cuanto a la función teórico-estatal y a la función teórico-constitucional. Estas diferencias, como decía, se van a extender al alcance de la función objetiva con respecto a la función subjetiva.

Aunque nos referiremos a ello con más detenimiento con posterioridad, puesto que el aspecto de los derechos que más nos interesa es el de la teoría jurídica, conviene adelantar que existen diferencias dignas de mención en cuanto al tratamiento que cada uno de estos autores realiza de la función dogmático-jurídica. La primera es la diferente perspectiva que cada uno adopta cuando se enfrenta al estudio del Derecho de los derechos fundamentales: G. Peces-Barba adopta una perspectiva de conjunto, y sus apreciaciones se dirigen fundamentalmente a precisar la idea de que las normas de derechos fundamentales constituyen un subsistema; L. Prieto, por el contrario, centra su análisis -en cuanto al aspecto 'objetivo' de la estructura se refiere- en las normas y, como ya tuvimos ocasión de comprobar, en el carácter de regla o de principio de éstas.

Pero además, y esta es una diferencia esencial, G. Peces-Barba considera el sistema de los derechos fundamentales como un subsistema abierto -de otra forma, rechaza la posibilidad de admitir una norma de clausura-; mientras L. Prieto afirma la existencia de una norma de clausura del sistema de libertades que podemos traducir como un 'derecho general de libertad'. Esta diferencia afecta, como hemos visto, a cómo cada uno entiende la idea del Estado de Derecho y debería afectar también a cómo se produce, en su opinión, la relación entre la Constitución y el legislador.

2.1. El iuspositivismo ético y la función objetiva de los derechos.

¹⁵² Ver "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales" y "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. I. Villaverde y J. Requejo, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 45-71 y 95-138.

Para comprender el significado de la función objetiva de los derechos en este autor es necesario (del mismo modo que ocurría con los autores anteriormente estudiados) realizar algunas consideraciones a propósito de su Teoría del Derecho¹⁵³. Es importante señalar desde el comienzo que el modelo que propone el profesor Peces-Barba sirve para dar cuenta del Derecho en sus relaciones con la moral y la política en el contexto del Estado de Derecho¹⁵⁴.

Según G. Peces-Barba, la incorporación de la idea de valores al Derecho suministra a la filosofía jurídica española elementos para la superación del iusnaturalismo -hasta 1978 rasgo característico de la "cultura jurídica oficial"- al tiempo que evita el positivismo ideológico. Aunque, por un lado, la sustitución del iusnaturalismo por el iuspositivismo no es tan rápida como en opinión de G. Peces-Barba sería deseable, y, por otro, no siempre el positivismo adoptado es el positivismo corregido o positivismo ético del que este autor se hace valedor¹⁵⁵. La nueva orientación

¹⁵³ Los aspectos que de ella interesan se contienen en un primer momento en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1987, y aparecen evolucionados, además de en diversos artículos, en *Ética Pública y Derecho, Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1993; en *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

¹⁵⁴ Refiriéndose al modelo adecuado de relación Derecho y Poder, afirma: "naturalmente, en este modelo de relación, que es el que nos interesa y desde el que se puede construir una teoría jurídica de los derechos fundamentales, hay que distinguir dos tipos de aproximación. Por una parte una aproximación descriptiva, válida para cualquier poder y para cualquier Derecho resultante del mismo. En este tipo de argumentación de lo que se trata es de analizar el hecho de que todo poder político asume unos valores y que los traslada como moralidad jurídica a su sistema de Derecho. Así toda relación poder-Derecho supone un poder institucionalizado que tiene unos fines u objetivos susceptibles de ser analizados desde el punto de vista de la moralidad pública, una determinada moralidad pública, y una vocación de ese poder de organizar la convivencia social a través de normas jurídicas, de un ordenamiento, al que ese poder comunica sus criterios o valores de moralidad pública como fundamentos de esa regulación. La aproximación prescriptiva supone optar entre todos los modelos posibles por el que se considera más deseable, más justificado o más adecuado para alcanzar determinados objetivos. La reflexión sobre el poder democrático, raíz imprescindible del Derecho válido de los derechos fundamentales, se sitúa en ese segundo grupo. Así sólo en un tipo de poder democrático se encuentra un modelo de derechos fundamentales, aunque luego existan matices y ámbitos más o menos extensos según el tipo de poder democrático y la ideología y el grupo social que lo apoya. La no confusión entre el plano descriptivo y el prescriptivo, resulta, una vez más aquí, esencial" *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 328. El modelo de Estado democrático al que se refiere el profesor Peces-Barba, es equiparable al del Estado constitucional.

¹⁵⁵ Ver al respecto, PECES-BARBA, G., "Los valores superiores", *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 20-42, pg. 27. Así, en la contestación a A. Ollero, afirma, "creo que el profesor Ollero es demasiado optimista en cuanto a la modernización de nuestro pensamiento jurídico, aunque en los últimos años las cosas han cambiado de alguna manera, como expresa, entre otros signos, este art. 1.1 que comentamos".

del positivismo se hace más patente, si cabe, cuando el problema lo constituyen los derechos humanos y afecta a la Teoría del Derecho cuando éstos -o, como es el caso español, los valores- están positivizados

Desde esta perspectiva el Derecho, para el profesor Peces-Barba, forma parte de la cultura, “está inserto en una forma general de cultura propia de cada tiempo histórico y también propia de las líneas de evolución y de las influencias producidas en cada sociedad”¹⁵⁶. Por esta razón, el concepto de Derecho es relativo, de modo que el Derecho moderno se inscribe en el marco de la cultura moderna, a la que “podemos llamar Democrática” por cuanto “configura reglas del juego objetivas para el acceso y el ejercicio del Poder, con un concepto de legitimidad basado en el acuerdo o consenso, que controla y limita al Poder” y generará una forma propia del Derecho y unos valores propios. También los derechos humanos “son una realidad cultural de la vida social”, forman parte de los contenidos de moralidad de la cultura moderna “influida por los pensamientos liberal, democrático y socialista”¹⁵⁷; como también forma parte de la cultura la pretensión de hacer eficaz las exigencias morales en que los derechos consisten a través del Poder que asume su realización como valor político que, a través del Derecho, se convierte en valor jurídico.

Se produce así una conexión con la moralidad que es la que hace del poder político un hecho institucionalizado, “al estar formado por agrupaciones humanas, la idea de fin de valores y de ideales que justifican y explican la unidad, es consustancial con la idea de poder y al actuar también, mayoritariamente a través del Derecho, al ser inseparable del mismo, supone una institucionalización o una espiritualización de la simple idea de fuerza”¹⁵⁸. Los valores presentes en la moralidad pública en el contexto en que se genera esta relación entre la moralidad, el Poder y el Derecho,

¹⁵⁶ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pg. 86

¹⁵⁷ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 209

¹⁵⁸ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 338. Asimismo, en *Ética, Poder y Derecho*, op. cit., pg. 81, “la moralidad pública es asumida por el poder político, que a su fuerza añade el consenso y la integración de esos valores, por lo que es un hecho institucionalizado, formando por un grupo de hombres que reciben el monopolio en el uso de la fuerza apoyado en valores (legitimidad del poder). Con el impulso de ese poder, la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho y limita y organiza al poder en Estado social y Democrático (justicia del Derecho)”, pg. 81.

son los valores de libertad, seguridad, igualdad y solidaridad¹⁵⁹. De esta forma configurado, el poder político se concibe como “el hecho fundante básico de un determinado ordenamiento jurídico, que traslada los valores políticos de la ética pública de la modernidad... al Ordenamiento jurídico y los convierte en valores jurídicos, es decir, en moralidad legalizada”¹⁶⁰. El hecho fundante básico, apoya una norma fundante básica o norma básica de identificación de normas en la que se contienen “los criterios que se utilizan en el Ordenamiento para identificar a las normas válidas”¹⁶¹. Esta norma básica tiene un aspecto material¹⁶² que es el constituido por los valores superiores, que el profesor Peces-Barba considera ‘la moralidad del hecho fundante básico’, que se ‘prolongan’ en derechos fundamentales, principios de organización y ‘otros principios’. Ello supone que la separación entre Derecho y Moral ya no resulta defendible -siempre en lo que respecta al modelo del Estado de Derecho- y, en consecuencia, que para este autor existe la obligación moral de obediencia a las normas de este tipo de Poder Político.

La inclusión de contenidos en la norma básica de identificación también supone, en su opinión, una rectificación de los planteamientos de Kelsen¹⁶³. Ya no basta, con

¹⁵⁹ Por ejemplo, *Ética, Poder y Derechos. Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pg. 80. También *Curso de derechos fundamentales. Teoría General, o Los valores superiores*, ambas citadas.

¹⁶⁰ *Ética Pública y Derecho*, op .cit., pg. 94

¹⁶¹ *Ética Pública y Derecho*, pp. 94-107. Frente al normativismo kelseniano, el normativismo corregido del profesor Peces-Barba, hace descansar la validez del Derecho en la eficacia del hecho fundante básico. Así lo interpretan ANSUATEGUI, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1997, pg. 71 y ASIS, R. DE, “Notas sobre Poder y Ordenamiento”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 36, 1992, pp. 105-121, pg. 108 Ver también *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pg. 51, “...en la sociedad moderna el Derecho funda su validez en la posibilidad que tiene el poder, en última instancia, en caso de incumplimiento, de imponerlo por la fuerza”.

¹⁶² La relación entre lo formal y lo material en cuanto a la norma fundante básica resulta controvertida en la obra del profesor G. Peces-Barba. No queda claro si los valores constituyen la norma básica material de la que derivan todas las demás normas (formales y materiales) o si los valores constituyen la norma básica material junto a otros elementos -desconocidos, pero que pueden reconducirse a los criterios que el poder se compromete en utilizar en el ejercicio del efectivo ‘monopolio de la fuerza’- que desempeñan el papel de norma básica formal. Pese a las oscilaciones -baste como ejemplo comparar el párrafo citado y el siguiente párrafo en *Ética Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pg. 96, “los valores superiores, es decir la moralidad del hecho fundante básico y sus prolongaciones, derechos fundamentales, principios de organización y otros principios, constituyen la norma material básica de identificación de normas. Representa la respuesta a la pregunta ¿qué se manda?. Es la positivación de la ética pública de la modernidad, a través del hecho fundante básico, que se convierte en criterio de validez de las restantes normas del Ordenamiento...la moralidad crítica que presiona sobre el Poder y el Derecho positivo se puede incorporar si el poder la asume y decide transformarla en moralidad legalizada”.

¹⁶³ *Ética Pública y Derecho*, op. cit., pg. 95.

saber si una norma ha sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento adecuado para determinar su validez, en la Teoría Jurídica de G. Peces-Barba se incorpora, “frente al modelo formalista, una dimensión material que expresa un tercer criterio adicional...se trata de los contenidos de las normas y consiguientemente de los límites, a sensu contrario, que éstas no pueden traspasar”¹⁶⁴. Precisamente, para buena parte de nuestra cultura jurídica, los sistemas jurídicos no pueden seguir describiéndose como sistemas dinámicos; desde el momento en que las Constituciones contienen una parte material dotada de eficacia normativa, los Ordenamientos devienen también sistemas estáticos.

El desarrollo de estos aspectos los realiza ya el autor al hilo del tratamiento de los derechos fundamentales, por eso, en adelante, me referiré a la función objetiva de los derechos en su obra.

Para el profesor Peces-Barba, las dos funciones principales que los derechos fundamentales desempeñan consisten en que “por un lado, desde el punto de vista objetivo, como subsistema dentro del Ordenamiento, son una prolongación de la norma básica material de identificación de normas. Por otro lado, desde el punto de vista subjetivo los derechos fundamentales recogen, en normas positivas, pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos, en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades”¹⁶⁵. Los derechos fundamentales desempeñan la función objetiva aquí descrita en tanto constituyen una prolongación de los valores superiores y en su realización no se diferencian de los ‘principios de organización’.

De esta idea me interesa destacar el contenido del que G. Peces-Barba dota a la función objetiva y la relación que en la obra de este autor se establece entre derechos y valores. Veremos cómo ambas categorías no se identifican, pero, no obstante, será la relación de los derechos fundamentales con los valores (una relación que se da en el

¹⁶⁴ *Ética Pública y Derecho*, op. cit., pg. 96.

¹⁶⁵ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. op. cit., pg. 415. Resulta significativo que este autor considere el problema del concepto de los derechos como el problema del ‘para qué’, en sintonía con la idea que aquí venimos defendiendo de que los derechos fundamentales se diferencian desde la Constitución española por su función (ver pp. 102-103), precisamente el ‘para qué’ constituirá el objeto de la Teoría jurídica (pg. 209). Ver también “De la función de los derechos fundamentales”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n°74, 1997, pp. 537-551

punto de vista externo y tiene su traslado al punto de vista interno) la que determine su función en el conjunto del sistema político y jurídico -que es el que aquí nos interesa-. En su opinión, los derechos expresan las 'dimensiones materiales de identificación', esto es, constituyen 'norma básica material de identificación de normas',¹⁶⁶.

Así -y seguimos la interpretación de F.J. Ansuátegui a propósito de esta idea de G. Peces-Barba del carácter de norma básica material de los derechos fundamentales- "la inclusión de contenidos sobre derechos fundamentales -es decir contenidos materiales- en las normas superiores de los Ordenamientos es uno de los factores que hace que, en realidad, el sistema jurídico sea un sistema mixto, en el sentido de que la pertenencia de las normas al sistema está en función de la materialización de relaciones tanto de legalidad como de deducibilidad...La consideración del sistema jurídico como un sistema normativo mixto, es una razón suficiente que permite plantear la cuestión de la imposibilidad de seguir manteniendo tajantemente la distinción kelseniana entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos...desde el momento en que en las normas superiores se integran contenidos materiales que deben ser asumidos y respetados por el conjunto de componentes normativos del sistema, esas normas ya no pueden ser entendidas exclusivamente como el origen "positivo" de la cadena de habilitación formal a los distintos poderes normativos para que materialicen su capacidad normativa"¹⁶⁷. No estoy de acuerdo, sin embargo, con esta última conclusión; en mi opinión, entender que los derechos fundamentales pasan a formar parte de la norma de identificación de normas no

¹⁶⁶ Si la norma básica da respuesta a la pregunta ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, la norma básica material da respuesta a la pregunta ¿qué se manda?, también estas 'dimensiones formales' constituyen especificación de los valores superiores y en ocasiones aparecen como principios de organización y como los derechos fundamentales, pero lo específico de estas figuras parece ser que constituyen normas de identificación de contenidos normativos válidos, "...no solamente estas dimensiones formales de la norma básica traen causa de los valores, sino que incorporan principios de organización como el de las mayorías y los derechos fundamentales como el de participación política. Una separación tajante entre dimensiones formales y materiales y mucho más una reducción de la identificación de normas solo por criterios formales como pretende Kelsen, no responde a lo que sucede en la realidad. Asimismo vemos que la respuesta a esas dos preguntas se produce también desde los derechos fundamentales, o si se quiere desde valores prolongados en los derechos fundamentales como el derecho a la participación política o el derecho a la seguridad jurídica o a la jurisdicción", *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 350.

¹⁶⁷ ANSUÁTEGUI, J., *Poder, Ordenamiento jurídico, Derecho*. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 84-85.

supone, por sí, eliminar la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos; aunque ciertamente supone un distanciamiento del positivismo formalista, sólo si además - como propone el autor, pero que no resulta tan claro en G. Peces-Barba- pasan a considerarse normas válidas aquéllas cuyo contenido es deducible de las normas superiores sin tener en cuenta la competencia del órgano que efectúe la deducción, el sistema jurídico deviene sistema estático. En tanto los derechos fundamentales sirvan para determinar la competencia de los órganos encargados de crear y aplicar el derecho, el sistema jurídico puede seguir describiéndose como sistema dinámico. Sólo se puede admitir que el Ordenamiento es 'mixto' si con 'estático' hacemos referencia a aquel conjunto sistémico en el que la pertenencia la determina la adecuación o no contradicción entre el contenido de la norma y el de la norma superior; según L. Prieto el concepto de validez en los sistemas contemporáneos contiene criterios dinámicos (órgano competente, procedimiento adecuado y no derogación explícita) y estáticos en este sentido (no derogación implícita y no vulneración de preceptos sustantivos superiores)¹⁶⁸; en mi opinión, un sistema de este tipo es un sistema dinámico.

El profesor Peces-Barba, realiza una serie de consideraciones sobre 'el tipo de unidad sistemática que suponen' los derechos fundamentales, que pueden suministrar datos sobre si realmente en la concepción de este autor, la incorporación de una vertiente material en la norma básica de identificación convierte a los sistemas jurídicos en sistemas 'mixtos'¹⁶⁹. Al hilo de estas cuestiones tendremos ocasión de analizar cómo se estructura, en opinión del autor, el subsistema de los derechos.

Conviene tener en cuenta, además, que G. Peces-Barba considera el 'contenido' del Ordenamiento jurídico que se desarrolla a partir del 'poder democrático' estructurado en tres grados; en un primer momento, aparecen los valores superiores como decisiones materiales básicas que incorporan la 'ética pública' al Derecho¹⁷⁰, a

¹⁶⁸ PRIETO, L., "Aproximación al concepto de Derecho. Nociones fundamentales." *Lecciones de Teoría del Derecho*, en col. con J. Betegón, M. Gascón y J. R. De Páramo, McGraw Hill, 1997, pp. 3-30, pg. 15. Es de notar que en opinión de L. Prieto, la validez como pertenencia no sirve para dar cuenta del concepto de Derecho; a estos efectos es también necesario considerar la validez como vigencia.

¹⁶⁹ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp.36-370.

¹⁷⁰ La ética pública se define aquí como la ética que interesa al poder político y al derecho, su finalidad "es establecer criterios para que los espacios sociales, ámbitos del Poder y del Derecho, estén abiertos a la realización de proyectos de humanidad, es decir, al establecimiento libre de planes de vida para todas las

continuación los derechos fundamentales y los principios de organización que son prolongaciones de estos valores y, por último, las restantes normas que en ningún caso pueden transgredir el contenido de estos elementos. Esta visión de la estructura material del Ordenamiento, condicionará, además de la estructura del subsistema de los derechos fundamentales, el modo en que el profesor Peces-Barba entiende las relaciones de éste con el conjunto del sistema jurídico.

En cuanto al tipo de unidad sistemática que suponen los derechos, surgen dos grupos de problemas; el primero de ellos, conectado con el que veníamos tratando, lo constituye la determinación de si el sistema de derechos fundamentales es dinámico o 'mixto', de la respuesta que demos a esta cuestión dependerá que el Ordenamiento en su conjunto pueda seguir considerándose o no un sistema dinámico; además, como segundo grupo de problemas se plantea la necesidad de determinar a qué noción de sistema está haciendo referencia G. Peces-Barba.

A propósito de la caracterización de un sistema como mixto (estático y dinámico) podemos pensar que existen dos posibilidades. En primer lugar, puede hacerse referencia a la idea de que en tal sistema la pertenencia de las normas se determina bien porque éstas reúnen los requisitos formales o bien porque cumplen con los criterios materiales de validez¹⁷¹; esto es, una norma pertenecerá a un sistema mixto en este sentido cuando o bien haya sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento adecuado, o bien constituya una deducción del contenido de otra norma superior, desde luego no creo que el profesor Peces-Barba considere que una norma pueda ser válida sin que lo haya determinado un órgano competente y por el procedimiento adecuado –las 'elaboraciones constructivas' de los teóricos del Derecho sólo pueden incorporarse al subsistema de derechos fundamentales a través de 'únicos operadores jurídicos autorizados a afectar al sistema' (derecho legal y

personas". Frente a la ética privada, la ética pública posee –en opinión del autor– un carácter 'formal y procedimental', aunque con ello no se quiere significar que "no existan unos valores materiales, y unos fundamentos, con contenido y orientaciones... Lo que queremos decir es que esos contenidos no marcan conductas y comportamientos orientados o dirigidos desde ellos, respecto a la elección de planes de vida de los ciudadanos, aunque pueden fijarles obligaciones positivas generales, con la misma finalidad, que prolongue o complete la de la ética pública con respecto al comportamiento y a las obligaciones positivas generales, con la misma finalidad, que prolongue o complete la de la ética pública respecto al comportamiento y a las obligaciones de los poderes y de los funcionarios". *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 75-79.

¹⁷¹ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, pg. 34.

derecho judicial)¹⁷².

Pero con sistema mixto también se puede estar haciendo referencia a aquel en que los requisitos para la validez de las normas son tanto de tipo estático cuanto de tipo dinámico. En un sistema así, una norma sería válida siempre que hubiera sido creada por el órgano competente, a través del procedimiento adecuado y que constituya una derivación material de una norma superior; sólo en este sentido es posible, en mi opinión, plantear el subsistema de los derechos fundamentales de G. Peces-Barba como un 'sistema mixto'. Sin embargo, considero que el autor no abandona los esquemas del sistema dinámico puesto que, a mi entender, los derechos constituyen un marco de competencias en las que los poderes constituidos pueden decidir. Así, pueden atribuir competencia negativa (cuando impiden que determinados órganos decidan sobre determinadas materias –como ocurre, por ejemplo, con el legislador respecto del contenido esencial o respecto de los restantes poderes públicos en supuestos de reserva de ley-) o competencia positiva cuando imponen la necesidad de adoptar determinadas decisiones (por ejemplo cuando se trata de mandatos al legislador o de los principios rectores de la política social y económica). Ciertamente la cuestión no aparece con claridad; puesto que también podría pensarse que las relaciones entre las normas son las propias de un sistema mixto del que consideramos posible en la Teoría jurídica del autor, en tanto el sistema funciona como un sistema dinámico en las zonas de penumbra. Me inclino por la segunda posibilidad atendiendo a la forma en que se configuran las relaciones 'materiales' entre las normas del subsistema.

Por lo que se refiere a la noción de sistema de los derechos que maneja G. Peces-Barba en su *Curso de derechos fundamentales* entiende éste como común derivación material por referencia al valor libertad, como común derivación formal, por referencia a la Constitución y como existencia de un criterio de interpretación unitario formal –la interpretación vinculante de los derechos la determina, en última instancia, el Tribunal Constitucional- y material –constituido por su vinculación con

¹⁷² PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 384. Se está refiriendo el autor a la 'apertura al entorno' del subsistema. Ver también "Acuerdos y desacuerdos sobre una obra importante", op. cit., pg. 168, "sólo si una norma del sistema que forma parte de la forma básica formal de identificación otorga competencia, la voluntad del operador será significativa".

los valores-.

G. Peces-Barba mantiene que afirmar que los derechos fundamentales constituyen un subsistema -cuestión que forma parte de la definición de la función objetiva que aquí hemos reproducido- supone considerarlos como “un conjunto de normas entrelazadas y con un origen común que procede como derivación inmediata de la norma básica, de la fuente jurídica última del sistema, y que en sus contenidos realizan de manera directa, los valores morales asumidos por el poder como hecho fundante básico, como valores políticos”. El fundamento de la idea de los derechos fundamentales como subsistema lo encuentra, pues, en el origen común “del valor libertad principalmente, y complementariamente de los valores de igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad, que suponen una explicitación y un intento de desarrollar integralmente la idea de la dignidad humana”. De este modo, podemos afirmar que para G. Peces-Barba es la conexión con determinados valores -su contenido- la que impone la necesidad de comprender las normas de derechos fundamentales unitariamente¹⁷³.

Por otra parte, “además de la unidad que procede del origen...ésta y también la coherencia necesaria para hablar de sistema, se pueden concretar por dos rasgos formales y por un criterio de interpretación unitario”. Como rasgos formales que permiten hablar de los derechos fundamentales como subsistema, se refiere el autor a la Constitución como ‘vehículo normativo’ y a la existencia de una ‘voz única y una armonización de las visiones discrepantes o contradictorias’¹⁷⁴.

El criterio de interpretación unitario es formal -la existencia de un intérprete último- pero también material. Precisamente, el criterio de interpretación material -como sucedía con el factor de unidad constituido por el origen común- lo ofrece la conexión de los derechos con los valores superiores. Afirma en este sentido el autor: “la posibilidad de encontrar la unidad y la coherencia sistemática no sólo por criterios formales, sino materiales, ya hemos señalado que deriva de los valores superiores, pero el carácter principal de éstos no produce las consecuencias de precisión y de seguridad que se deduce de los aspectos formales, sino que más bien nos lleva a la

¹⁷³ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 360-361

¹⁷⁴ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 362.

consideración de que se trata de un sistema abierto”¹⁷⁵. En mi opinión, la existencia de un criterio de interpretación formal y de un criterio de interpretación material unitario sirve para ‘asegurar’ la unidad y la coherencia, esto es, como garantía del mantenimiento del sistema en la aplicación de los derechos.

En definitiva, una primera interpretación de la concepción de derechos fundamentales en este autor, llevaría a entender el carácter sistemático de éstos como ‘común derivación material y común derivación formal’¹⁷⁶. Así entendidos, los derechos fundamentales constituyen especificaciones del contenido de los valores superiores que se producen en la Constitución o a través de la interpretación del Tribunal Constitucional. Si las relaciones sistemáticas de los derechos son estáticas o dinámicas dependerá de si lo decisivo para considerar un contenido como parte del derecho fundamental es que sea el producto de la ‘interpretación’ de un órgano competente o si el contenido pertenece al subsistema de los derechos fundamentales sólo si además se ‘deduce’ de los valores superiores.

Algunas de las consideraciones del autor sobre la ‘clausura’ del sistema de los derechos fundamentales –que, por su lugar en la norma básica de identificación material, constituye, a su vez, la ‘clausura’ del Ordenamiento- son las que suministran elementos para optar por la primera posibilidad –los derechos constituyen un sistema dinámico-. Los valores superiores funcionan, en el sistema del profesor Peces-Barba, como norma de clausura del sistema, pero “no sería propiamente de clausura, sino de apertura” desde el momento en que “el carácter principal de éstos no produce las consecuencias de precisión y de seguridad que se deducen de los aspectos formales, sino que más bien nos lleva a la consideración de que se trata de un sistema abierto”. Y si no puede aceptarse una norma de clausura, “la coherencia, más que la unidad suficientemente asegurada por las dimensiones formales ya estudiadas, se sitúa en el ámbito de un sistema abierto que incorpora dimensiones morales y refleja la realidad y los intereses sociales a través de la interpretación y del desarrollo legislativo de los

¹⁷⁵ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 362

¹⁷⁶ Ver en el capítulo primero, las referencias al Derecho como sistema como dato que caracteriza la ‘cultura jurídica’ moderna según Tarello, y las distintas acepciones de esta idea de sistema. TARELLO, G., “Organizzazione giuridica e società moderna”, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 143-172, pp. 164-167.

derechos fundamentales constitucionales”¹⁷⁷. El autor contrapone este modelo de subsistema abierto al de L. Prieto de ‘la norma de clausura’. Como tuve ocasión de desarrollar, tras la opción por un modelo ‘abierto’ o ‘cerrado’ de derechos fundamentales se encuentra también la opción por un modelo ‘republicano’ o ‘liberal’ de los derechos fundamentales.

Lo importante, creo, para entender cómo G. Peces-Barba concibe el funcionamiento de los derechos en el Derecho es que éstos aparecen formando un sistema abierto; sin embargo, parece que tampoco a estos efectos las concepción de L. Prieto y la de G. Peces-Barba tienen por qué ser incompatibles. De la apertura del subsistema de derechos fundamentales se deduce, por la posición de éstos en la jerarquía normativa, el carácter abierto del Ordenamiento en su conjunto. Afirma el autor, “lo anterior significa que tanto el Ordenamiento jurídico como los subsistemas que lo constituyen son abiertos, lo que se puede entender en dos sentidos que se complementan: por un lado que los supuestos de aplicación de las normas no prevén todas las posibilidades de la realidad y que, por consiguiente, la aplicación tiene una dimensión inexorablemente creativa que debe completar los criterios que le vienen del propio sistema con otros que le vienen de fuera; por otro lado, que la realidad social y cultural de un momento histórico y las construcciones de la moralidad se confrontan con el Derecho y con los valores, intereses y utilidad social que representa, y presionan para influir, modificar y reorientar a ese Ordenamiento y a su aplicación. En el primer significado vemos el problema desde el Derecho y en el segundo desde la sociedad y la cultura, pero en ambos el punto de coincidencia son los cauces de producción normativa, el Derecho legal o Derecho judicial, que hacen posible el enriquecimiento del Derecho y la penetración de la realidad social y la moralidad en el mismo”¹⁷⁸. Incluso en este punto creo que aceptar la ‘norma general de libertad’ introduce claridad en el planteamiento del autor, puesto que por un lado afirma que los valores no se agotan en los derechos y por otro lado sitúa en los derechos el cauce de apertura del Ordenamiento; en mi opinión, la ‘norma general de libertad’ impone a los operadores jurídicos habilitados para introducir nuevos contenidos, la necesidad de

¹⁷⁷ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 365.

¹⁷⁸ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 381-382.

justificar las restricciones a la libertad, con lo que impide una 'extralimitación' de lo debido sobre la base de una primacía de lo individual sobre lo colectivo que parece en este mismo problema acogida por el profesor Peces-Barba cuando sitúa el subsistema de los derechos fundamentales –que es sólo la vertiente subjetiva de los valores- como cauce de apertura¹⁷⁹.

En cuanto al carácter mixto o dinámico del subsistema y, una vez más, del sistema en su conjunto, decía que a pesar de las dificultades para encuadrar el modelo del profesor Peces-Barba en uno u otro bloque, me inclinaba por considerar su sistema de derechos fundamentales como un sistema dinámico en atención al modo en que el autor configura éste como un sistema abierto.

Cuando el autor analiza el sistema de derechos fundamentales en su vertiente dinámica establece tres dimensiones a las que los derechos fundamentales sirven de cauce de apertura del ordenamiento (la realidad social, la moralidad y otros sistemas jurídicos). La apertura se produce sólo a través de los órganos autorizados para incorporar contenidos al sistema, por eso estas reflexiones tienen que ver también con la función teórico-constitucional. Resulta significativo al respecto que el autor se resista a entender alterado en lo esencial el modelo constitucional de distribución de poderes en relación con el del Estado de Derecho; este es un aspecto controvertido de su teoría en el que, por otra parte, se aleja de P. Häberle.

Precisamente “la apertura a la realidad social y moral del subsistema de los derechos fundamentales será uno de los procedimientos institucionalizados para facilitar la comunicación entre Moral, Política y Derecho”¹⁸⁰. La incorporación de esos elementos al Derecho, puede producirse –y este es el aspecto de mayor importancia para nuestra argumentación- por reflexión de los operadores autorizados, el legislador y el juez, y en los límites en que se produce la habilitación: “los tres canales de comunicación directa, entre el entorno de la moralidad crítica y el subsistema de los derechos fundamentales son el momento del legislador creador,

¹⁷⁹ Tendremos ocasión de estudiar otras manifestaciones de esta idea que parece subyacente a los planteamientos del autor y que supone funcionalizar el Estado y la sociedad al servicio del individuo (el la línea de lo que considerábamos ‘núcleo de certeza’) al hilo de la ‘función subjetiva’. En el punto de vista externo, la concepción de la libertad de G. Peces-Barba estaría más próxima a la de E. Díaz, en tanto que L. Prieto se aproxima más al modelo de E. Fernández..

¹⁸⁰ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 383.

modificador o derogador de normas generales, en sus dos escalones de constituyente y ordinario y el momento del juez, aplicador concreto de normas en este ámbito, especialmente en los supuestos de los casos difíciles cuando el problema no está situado en la zona central de claridad del Ordenamiento. Junto a estos dos modelos puros existe un modelo mixto de cauce de comunicación que podríamos llamar del juez legislador, y que corresponde, en parte, a la acción del Tribunal Constitucional”¹⁸¹. Como se ve, donde más claramente se refleja en las consideraciones que realiza el autor a propósito de la apertura a la moralidad, “no hay...una comunicación directa entre entorno moral y subsistema, sino que sólo se incorporan aquellos aspectos que la mayoría acepta, aunque pesan opiniones políticas, jurídicas con fondo moral...No se podría, sin más por consiguiente contestar afirmativamente a la pregunta que se formula el prof. Atienza de si la argumentación jurídica que “...se lleva a cabo para promulgar una Ley por ejemplo en el contexto de un Estado de Derecho –es o no- o hasta que punto lo es un caso especial del discurso práctico racional...”. Podríamos en todo caso decir que participa de elementos de ese discurso práctico racional, que sería deseable, que se ajustase lo más posible a él y que la conclusión también puede basarse en sus argumentos, pero que en última instancia la decisión es una expresión de voluntad”, es expresión de voluntad además, porque no existe una única respuesta correcta¹⁸². En definitiva, las normas del subsistema pertenecen al subsistema porque el órgano competente lo ha decidido y ha empleado el procedimiento adecuado. Sólo si se pudiera hablar de existencia de una respuesta correcta tendría sentido atribuir al sistema un carácter mixto.

Estas ideas son expresadas por el autor a propósito del legislador como órgano habilitado para introducir elementos extrajurídicos en el Derecho, pero el planteamiento puede hacerse extensivo al papel del juez a cuya labor ‘de apertura’ impone G. Peces-Barba una serie de “condiciones procedimentales”: la habilitación deriva de la Constitución y de la normativa reguladora de la actuación judicial, “la

¹⁸¹ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 396.

¹⁸² PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 397-398. Argumentos en contra de una única respuesta correcta pp. 393-395; se refiere a la experiencia, a los límites de la argumentación jurídica y a “que el pluralismo que da origen a la ética crítica, como un ade las características de la ética pública de la modernidad, impide la posibilidad de la solución única, aunque una sola solución será la que pueda prosperar, pero no es lo mismo” (pg. 395).

utilización de este cauce no debe hacerse nunca cuando estemos en la zona de claridad central del subsistema y la solución al caso exista, sin dudas razonables, sobre la intención del legislador o el sentido de la norma”, “se puede producir para identificar el problema a resolver, para saber si existe insuficiencia o exceso de información, para construir hipótesis de solución que hayan resuelto los dos problemas anteriores y finalmente para justificar y presentar argumentos, tomados de ese entorno moral crítico, a favor de la solución que se propone”, “se debe justificar con buenas razones la decisión que se tome”, la moralidad crítica que se tome como fundamento de la decisión o que se incorpore como contenido de la norma debe ser generalizable¹⁸³.

En lo que respecta al Tribunal Constitucional, aparece limitado por la constitución, su Ley Orgánica, ‘e incluso las restantes leyes en caso de los derechos si se han declarado constitucionales’; además, “el propio sentido de la moralidad que se positiviza en los derechos, será límite a este proceso de incorporación”¹⁸⁴, de modo que parece que la norma básica de identificación material funciona como una norma ‘competencial’.

Los criterios de validez son criterios dinámicos, los derechos y los valores determinan la competencia y, en este sentido, algunos de los límites en los que la decisión corresponde al poder constituyente o al poder constituido. Así se desprende del tratamiento que el autor proporciona a los límites a la mutación constitucional, “son así límites de la actuación del Tribunal, en el caso de los valores superiores, la imposibilidad de introducir en los mismos la técnica de la mutación constitucional, que sí cabría, como hemos señalado, en normas concretas de nuestro subsistema, aunque naturalmente con cautela del respeto al contenido esencial, porque el Tribunal no es un poder constituyente, sino sólo el intérprete supremo de la Constitución”¹⁸⁵.

Los derechos fundamentales aparecen en el Derecho como normas secundarias cuya “función se vincula al contenido posible, y a los límites del resto de las normas del Ordenamiento y se sitúa en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación

¹⁸³ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 399-400

¹⁸⁴ PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 401.

¹⁸⁵ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 402. En este caso el autor se refiere a los valores superiores.

de éstas”¹⁸⁶. El límite que los valores y los derechos suponen a la incorporación de nuevos elementos, así como el modo en que éstos vinculan a los poderes constituidos dependerá de cómo se conciba su naturaleza normativa. A su vez, ésta naturaleza está condicionada –como lo está el lugar de los derechos en el conjunto del Ordenamiento– por una concepción del Derecho. En opinión del profesor Peces-Barba, “la cultura en que se basa el artículo 1.1 de la Constitución, en relación con los valores superiores supone: 1) Una teoría de la justicia no iusnaturalista, sino que propugna la positivación de una moralidad con un fundamento histórico y racional suficiente en el mundo moderno y que se concreta en los valores superiores. 2) Una teoría de la justicia no positivista, puesto que no deja en libertad al órgano supremo de producción del Derecho para la construcción voluntarista de un sistema de valores del Ordenamiento jurídico. 3) Una teoría del Derecho basada en el sistema, pero que no reduce el sistema a su dimensión formal –modelo kelseniano–, sino que incorpora elementos materiales como básicos para la construcción de ese sistema. 4) Una teoría del Derecho que incorpora principios, pero que no tiene que ser tópica y problemática, sino que puede ser sistemática”¹⁸⁷.

Desde esta teoría, el autor rechaza el modelo de distinción de R. Dworkin entre principios y normas que termina por construir un concepto de norma desde el que la categoría es muy limitada abocando a un planteamiento tópico¹⁸⁸. En su opinión, la adopción del término valor por la Constitución española pretende evitar el ‘principialismo’ y con él el excesivo protagonismo del Poder Judicial en detrimento del Legislativo. Sin embargo, sí es posible hablar de dos categorías normativas, la primera de las cuáles, ‘normas-principiales’, tiene mucho que ver con los principios,

¹⁸⁶ PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 416-417.

¹⁸⁷ PECES-BARBA, G., “Los valores superiores”, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 20-42, pp. 27-28. El autor propone este modelo frente al positivismo normativista de Kelsen y a posiciones tópicas y antinormativistas (realismo y tópica jurídica). En el sentido de superación del formalismo considero que hay que entender la relación que se establece en la obra de este autor entre los valores superiores como norma básica material y la idea de ‘constitución material’.

¹⁸⁸ PECES-BARBA, G., “Los valores superiores”, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, op. cit., pg. 26, “en realidad los autores que distinguen los principios de las normas y que no conciben la integración de ambos conceptos vienen a conectar de una u otra forma, con ese tipo de pensamiento problemático y a centrar el Derecho en la acción del juez. Así me parece, ocurre con Esser o con el propio Dworkin”.

“valdría la calificación de principios si ésta no fuera una propuesta enfrentada con el concepto de norma, a la que se concreta y empequeñece para criticar una teoría del Derecho no iusnaturalista”. Los valores, los derechos fundamentales en cuanto desempeñan una función objetiva y los principios (de organización o interpretación)¹⁸⁹ son ‘normas principales’. Parece que la distinción entre normas principales y lo que podemos denominar ‘normas reglas’ obedece a la función que desempeña la estructura de referencia más que a la estructura en sí. En cuanto a la distinción entre valores, principios y derechos, aparece en este autor como una distinción de contenidos; de estas tres categorías, sólo las normas principales que contienen derechos pueden funcionar como normas regla y ello se produce cuando los derechos en cuestión asumen una función subjetiva¹⁹⁰.

Las ‘normas principales’ aparecen como normas que no pueden ser aplicadas directamente, “son modelos abiertos, más abstractos y formados por conceptos jurídicos indeterminados en muchos casos, que exigen normas complementarias prolongadas para perfilarlos”. Sin embargo, no sólo corresponde a los jueces, ni siquiera le corresponde en primer lugar, la especificación de estas normas; en el modelo de G. Peces-Barba se produce una diferenciación de funciones entre legislativo-judicial y Tribunal Constitucional en cuanto a la concreción de los

¹⁸⁹ Como prolongación de los valores superiores en su función de norma básica material, el autor señala Los derechos fundamentales, los principios de organización y de interpretación, sin que queden claras las diferencias entre estos dos tipos de principios, “Los derechos fundamentales son la prolongación subjetiva de los valores superiores y los principios de organización y de interpretación, su prolongación objetiva, pero solamente los derechos forman un subsistema, con los rasgos que permiten identificarlo como tal, mientras no ocurre lo mismo con los principios que se dispersan y se esparcen por diversos subsistemas, como normas básicas o de cierre de los mismos...o como criterios de interpretación...En algunos casos se sitúan simultáneamente en varios subsistemas, como es el caso del principio de las mayorías”, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 359.

¹⁹⁰ No me parece que exista una contradicción insalvable entre este planteamiento y el de R. Alexy a que nos referíamos con anterioridad y al que también se refiere el profesor Peces-Barba sobre las relaciones entre valores y principios. Ver *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 419. “en contra de esta tesis y a favor del uso de los principios, frente a los valores, se encuentra Alexy, puesto que se refieren al deber ser, mientras que los valores a lo mejor, a lo justo. Los principios son preferidos puesto que «en el Derecho de lo que se trata es de lo que es debido...». Es otro punto de vista. Me parece más adecuado fijarse en que los valores son criterios de justicia que sólo se realizan si se incorporan al Derecho positivo, con lo que se potencia y se alienta el positivismo corregido. Por otra parte el término «norma principal» excluye la tentación iusnaturalista con la que se ha usado el término «principio». Antes bien, considero intercambiables las “normas principales” de G. Peces-Barba y los principios de Alexy; no me quedan tan claras las relaciones entre ‘reglas’ y lo que yo he llamado ‘normas-regla’ por contraposición a normas principales en Peces-Barba.

‘principios explícitos’¹⁹¹ en normas que sí sirvan de fundamento directo a la decisión. En la zona de claridad, la competencia es del legislador, el juez ordinario debe recurrir a la norma básica en presencia de zona de penumbra, laguna, o antinomia y el Tribunal Constitucional determina la interpretación ‘válida’ en zonas de penumbra.

Así, corresponde al legislador la interpretación ‘en primer lugar’ de los derechos fundamentales “en esta función de norma básica material”. Es el Poder Legislativo el legitimado para decidir una determinada interpretación de los derechos de entre las posibles. El papel de ‘la norma básica’ –se entiende que aquí el profesor Peces-Barba se está refiriendo, dada su concepción sistemática, al conjunto de elementos que conforman la ‘norma básica material’ y no sólo al derecho interpretado- es actuar “como guía y límite para el poder jurídico del Parlamento”.

El profesor Peces-Barba, considera que el carácter decisorio prevalece sobre el carácter racional en la concreción de las ‘normas principales’; y no considera habilitados a los jueces y tribunales ordinarios para adoptar esta decisión. El problema en este punto se plantea en cuanto a la posibilidad de diferenciar cuándo nos encontramos ante la opción por una interpretación de entre las posibles o ante “una argumentación jurídica basada en la norma material, que es la base normativa que sirve para colmar la laguna”; más si tenemos en cuenta que los derechos fundamentales tienen un efecto directo, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar cualquier norma en cualquier sector del ordenamiento y que los jueces y tribunales tienen, en nuestro Ordenamiento, el deber de resolver conforme a Derecho. En nuestro Ordenamiento, cualquier juez o tribunal es aplicador de los derechos fundamentales, y cualquier aplicación de una norma general al caso concreto entraña una decisión; otra cosa es que la decisión del juez –que es decisión al fin y al cabo- no se incorpore al Ordenamiento en las mismas condiciones en que lo hace la decisión del legislador o la decisión del Tribunal Constitucional.

Precisamente, “corresponde al Tribunal Constitucional...decidir con supremacía sobre la interpretación adecuada, que puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad y consiguientemente a la privación de validez de la norma”. El

¹⁹¹ El autor no tiene ningún problema en equiparar las “normas principales” a los “principios explícitos” de L. Prieto, ver *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 420

autor es consciente de los riesgos que entraña esta posición privilegiada que en los ‘estados constitucionales’ adquiere el Tribunal Constitucional. Por esta razón afirma que éste “es el supuesto más difícil y donde el poder jurídico como poder de interpretación último que corresponde al Tribunal, no debe invadir parcelas propias del poder jurídico como poder de decisión basado en la soberanía que corresponde al poder legislativo...El Tribunal Constitucional no desarrolla los derechos como hace el legislador, sino que esclarece con su interpretación los términos oscuros, o precisa el alcance de conceptos jurídicos abiertos, comparándolos con la concreción que haya hecho el legislador, y valorando si se ha apartado o no de la Constitución”¹⁹²

Los derechos en su función objetiva participan de la naturaleza de los valores. Como éstos constituyen el engarce de los sistemas moral, político y jurídico convirtiéndose en norma básica de identificación material; y también como ellos son ‘normas principales’ que limitan y determinan la actuación de los poderes constituidos. El rasgo esencial que diferencia la función objetiva de los derechos en este autor en relación con los anteriores, es que tanto derechos como valores, una vez que son positivizados funcionan como Derecho positivo; la incorporación de nuevos contenidos en el Ordenamiento a través de ellos se produce siempre mediante un órgano habilitado al efecto y por el procedimiento jurídicamente previsto.

Tras esta caracterización de la teoría de los derechos de Peces-Barba que ha sido realizada desde la función dogmático-jurídica de los derechos fundamentales, no nos queda sino realizar algunas consideraciones a propósito de la función teórico-estatal y teórico-constitucional. Sin embargo, he de adelantar que la práctica totalidad de las cuestiones a las que voy a referirme han sido ya tratadas.

Así, y en lo que respecta a la función teórico-estatal, decíamos que en la obra del profesor Peces-Barba la forma de organización política en la que es posible hablar de derechos humanos es el Estado democrático. Las características fundamentales de este tipo de Poder Político se cifran en que se trata de un poder único, institucionalizado y complejo¹⁹³; de todas estas notas, la que más nos interesa es la que se refiere al poder como ‘hecho institucionalizado’. Y ello, porque con esta

¹⁹² *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 422.

¹⁹³ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp.334-344

expresión, el autor pretende aludir a la idea de que el poder apto –‘mediador adecuado’- para ‘implantar’ los derechos humanos es sólo aquel en el que junto al ‘temor a la fuerza’ existe una coincidencia entre los sometidos sobre la necesidad de ‘implantar en la vida social’ los valores que constituyen el fundamento de los derechos¹⁹⁴. Esta integración sobre la base de los valores de los integrantes del Poder Político como hecho complejo, se renueva mediante el juego moral legalizada-moral crítica que hace el ordenamiento permeable a las nuevas exigencias del consenso a través de los operadores jurídicos competentes.

De este modo, en la teoría de G. Peces-Barba –y según venimos señalando- no existe posibilidad de contraposición entre los intereses individuales dignos de ser tenidos en cuenta y los intereses del Estado desde el momento en que el Poder Político se convierte en portador de aquéllos intereses (incluso de la defensa del ‘disenso’).

Puesto que, en la línea de la idea que apuntábamos con anterioridad, no es posible determinar el sentido del consenso de una vez para siempre, el alcance de los valores (y de los derechos) se va precisando en el tiempo. Aquí cobra sentido la alusión a la función teórico-constitucional.

En relación con ésta cabe decir que pese a que hasta este momento no se aprecian diferencias de gran alcance con la idea de derechos fundamentales defendida por P.Häberle –y a la que me referí cuando hablé de la teoría institucional de los derechos fundamentales-, la concepción de la distribución de poderes del profesor Peces-Barba no difiere, en lo esencial y como he tenido ocasión de indicar, de la del Estado de Derecho.

La ‘integración’ en el Poder Político de los destinatarios de este mismo Poder Político que el autor preconiza, se justifica porque cualquier decisión ‘política’ debe encontrar su sede en el Parlamento –órgano a través del cual se expresa la soberanía popular-. Al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución sólo le corresponde determinar el sentido jurídicamente correcto de las normas constitucionales, pero, en ningún caso, determinar una opción de entre las posibles. El problema que deja sin resolver el autor reside, en mi opinión, en la dificultad de

¹⁹⁴ *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, op. cit., pg. 338

establecer una diferencia entre qué decisión obedece a una opción política (y, por tanto, es competencia del legislador) y qué decisión supone una interpretación jurídica (y corresponde al Tribunal Constitucional)

2.2. El iuspositivismo metodológico y la función objetiva de los derechos.

El profesor Prieto no analiza directamente el problema de la función objetiva de los derechos fundamentales. Antes bien, en su obra principal sobre derechos fundamentales¹⁹⁵, la atención se dirige fundamentalmente a determinados aspectos de la teoría jurídica de los derechos que tienen que ver con su función subjetiva y ello es sintomático de su opción por un planteamiento liberal. No obstante, el autor maneja un concepto funcional de los derechos y existen en sus obras referencias a la ‘doble función de los derechos’. Es necesario, sin embargo, tener en cuenta que la función objetiva en este autor adquiere contenido desde la comprensión de la función subjetiva como elemento imprescindible en el contenido mínimo de la noción de derechos fundamentales. Por otra parte, conviene adelantar que la función subjetiva se configura teniendo en cuenta la idea de que los derechos constituyen límites al poder.

Muchos de los elementos que pueden servir para reconstruir la posición de L. Prieto a propósito de la función objetiva de los derechos fundamentales ya se han adelantado con anterioridad. Fundamentalmente me interesa recordar el tratamiento que el autor proporciona a la distinción entre principios y reglas, así como las consideraciones a propósito de la norma de clausura que por claridad expositiva traté en el apartado anterior.

Como hemos tenido ocasión de adelantar, su concepción de los derechos fundamentales se mantiene en la línea del positivismo ‘estricto’ por cuanto refiere la definición de los derechos fundamentales al Derecho positivo (con el límite del uso adecuado de los términos) y su función objetiva al papel que ocupan como normas, esto es, como Derecho objetivo. Además, caracteriza el concepto de L. Prieto que la construcción de su teoría parte de la aceptación del individualismo ético y de la crítica

¹⁹⁵ *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

al individualismo abstracto desde la defensa de la igualdad -y no, como sucede en la teoría de G. Peces-Barba, desde la solidaridad. Este punto de partida le lleva a situarse frente a las teorías jurídicas que se desarrollan al hilo del constitucionalismo y que pretenden abandonar el positivismo jurídico, de modo que su opción por una Teoría del Derecho positivista obedece a una previa opción ética. Puesto que sus argumentos, como decía, aparecen en relación con la crítica al 'constitucionalismo no positivista', me parece adecuado traer a colación algunas de sus reflexiones en este sentido.

Ya he aludido a la existencia de una polémica generalizada sobre la posibilidad de mantener el 'paradigma' del positivismo o de sustituir éste por uno nuevo todavía no concluido y que toma como punto de referencia el sometimiento de todos los poderes a la Constitución en que en definitiva se traduce el constitucionalismo. La tesis fundamental que sostiene L. Prieto al respecto es que el positivismo sigue siendo la mejor 'metodología' del Derecho también en la época del 'Constitucionalismo'.

El autor presenta el problema referido al concepto de Derecho y termina por resolverlo en el ámbito metodológico de modo que pese a su punto de partida, no creo que quede claro donde termina el positivismo metodológico y donde empieza el conceptual si no es porque la neutralidad aparece como requisito mínimo que debe exigírsele a una teoría (concepto) del derecho que se pretenda positivista. De este modo, es cierto que la idea de 'constitucionalismo' puede introducir modificaciones en el concepto de Derecho (que afectan tanto a la teoría de la norma, como a la teoría de las fuentes y a la idea de 'interpretación'), sin embargo, el mejor punto de partida para construir un concepto de Derecho sigue siendo la separación entre Derecho y moral. Y habrá que considerar como concepto positivista el que parta de esta separación.

Así, el positivismo de L. Prieto se enfrenta a aquellos autores que directamente proclaman la necesidad de elaborar una definición del Derecho que tenga en cuenta la vinculación con la moral que ordenan las 'nuevas' constituciones como una cuestión de fidelidad en la descripción del Derecho que efectivamente es. Pero también rechaza el autor el positivismo ideológico, que en una de sus versiones débiles también vinculadas al Estado Constitucional defiende G. Peces-Barba (aunque éste no habla, como hemos visto, de Estado Constitucional sino de Poder Político Democrático).

Existe una diferencia básica entre este tipo de teorías y las del iusnaturalismo más tradicional que consiste en que no afirman una relación necesaria entre Derecho y Moral que obligue a construir desde ahí un concepto de Derecho; sin embargo, consideran que esta vinculación se produce de forma contingente en el Estado Constitucional y que se trata, además, de una vinculación entre el Derecho y la 'Moral correcta', por lo que se produce, en este tipo de Estado, una obligación -también moral- de obediencia al Derecho en la que viene a coincidir con el 'constitucionalismo no positivista'.

De todos los argumentos que utiliza Prieto para enfrentarse a la primera de estas dos me interesa el que él mismo denomina 'argumento moral' y ello por dos razones. En primer lugar porque, se trata de una argumentación muy ilustrativa de cuál es el interés fundamental de la teoría de Prieto (en definitiva se trata del mismo argumento que subyace a la defensa de una norma general de libertad), mantener la idea de que el Estado y el Derecho se consideran agresores potenciales del individuo (en este caso de la 'conciencia individual'). Pero también porque es el argumento en que se basa para rechazar el positivismo de G. Peces-Barba y, por tanto, constituye en mi opinión la clave de las divergencias entre ambas teorías.

En coherencia con esta opción por el positivismo condicionada por el individualismo, puede decirse que para L. Prieto los derechos fundamentales en cuanto Derecho se caracterizan por ser "derechos constitucionales". Con esta expresión se quiere hacer referencia al carácter de resistencia frente a la voluntad del poder constituido que en opinión del autor es inherente a la idea de derechos fundamentales. Éstos -también los derechos sociales- constituyen 'triumfos' frente a las mayorías. Desde esta idea, los dos datos de partida desde los que construir el análisis de la 'función dogmático-jurídica' que correspondería al modelo de derechos fundamentales de L. Prieto son en primer lugar que los derechos fundamentales son normas y a continuación que son normas constitucionales y, por tanto, condicionan la validez de la voluntad de los poderes constituidos.

Los derechos fundamentales son, para L. Prieto, normas jurídicas. Aunque ciertamente constituyen la traducción normativa de los valores de libertad e

igualdad¹⁹⁶, lo importante para definir su función en el Derecho es precisamente que son Derecho. El autor no niega su conexión con los valores, ésta determina tanto el contenido de las normas de derechos fundamentales cuanto la forma en que como normas ‘condicionan la voluntad de los poderes constituidos’, esto es su estructura y su lugar en la jerarquía normativa.

El contenido de los derechos depende de su vinculación con determinados valores, sin embargo, es opinión autor que en el punto de vista interno los operadores se enfrentan a normas y no a “valores”. A pesar de que constituyen la traslación al Derecho positivo de los derechos naturales¹⁹⁷, y frente a las consecuencias a las que llevaban las interpretaciones de P. Lucas y A. E. Pérez Luño, su inclusión en la Constitución no supone convertir a los jueces en ‘poder autónomo’, antes bien, sirven de criterio y de límite para la decisión; así, “...los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces, que deberán ponderar los intereses en conflicto no a la luz de su conciencia, supuestamente portadora del espíritu jurídico de la comunidad, sino atendiendo a la ideología jurídico-política cristalizada en el texto constitucional”.

El autor reconoce que con la inclusión de contenidos de justicia en el texto constitucional y con la defensa de la eficacia jurídica de todas las normas constitucionales, se produce un acercamiento de la argumentación jurídica a la argumentación moral –en el sentido a que más adelante nos referiremos-. Al respecto, considera L. Prieto que el sistema jurídico es también un sistema estático, con la salvedad, frente a todos los autores hasta aquí estudiado a excepción de G. Peces-Barba (precisamente la interpretación que se entendía como la más adecuada apuntaba en este sentido), de que los contenidos de justicia que vinculan a los operadores jurídicos son los que forman parte del núcleo de certeza. En el resto, la decisión es discrecional del órgano con autoridad en cada momento. Llevando a las normas de derechos fundamentales la distinción entre un núcleo de certeza (determinado por el uso de los términos en la comunidad jurídica) y una zona de penumbra (en la que las convenciones lingüísticas no son claras) podemos decir que en la medida en que

¹⁹⁶ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 20

¹⁹⁷ *Lecciones de Teoría del Derecho*, op. cit., pg. 29, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 69-116, pg. 69.

exista un núcleo de certeza la Constitución vincula a los poderes constituidos, en las zonas de penumbra, el contenido es el decidido por el poder autorizado en última instancia.

Deberé matizar las afirmaciones anteriores referidas al contenido de las normas de derechos fundamentales cuando las ponga en relación con algunas reflexiones a propósito de su estructura. En cuanto a este extremo, ya me referí a que el autor se muestra partidario de la tesis de la distinción débil entre reglas y principios. Conforme a esta tesis, tanto principios como reglas son normas jurídicas y la diferencia es más gradual y relativa que definitiva. Pues bien, las normas de derechos fundamentales funcionan frecuentemente como principios y es desde esta caracterización desde la que desempeñan su función objetiva. Puesto que las normas constitucionales son especialmente generales el núcleo de certeza queda muy reducido y se hace necesario un esfuerzo en el ámbito de la argumentación por parte de los operadores jurídicos para convertir las decisiones en legítimas. A diferencia de los planteamientos analizados con anterioridad de M. Atienza y R. Manero, la argumentación incide sobre la legitimidad, pero la validez de la decisión la determina el órgano y el procedimiento y no las razones morales que la apoyan.

A lo largo de la exposición se han puesto de manifiesto algunas de las diferencias que separan a L. Prieto de los otros autores cuyas teorías sobre la función objetiva hemos estudiado. Éstas se reconducen fundamentalmente a la no vinculación necesaria entre los derechos fundamentales en su faceta jurídica y la moral correcta en lo que a los modelos iusnaturalistas se refiere (por eso los contenidos de derechos fundamentales son una decisión de los poderes dentro del límite del uso de los términos¹⁹⁸).

En cuanto a G. Peces-Barba, las relaciones –hemos tenido ocasión de comprobarlo a lo largo de las dos partes del trabajo precedentes– son más complejas. Por un lado, es de notar que este autor no considera que el discurso jurídico pueda considerarse parte del discurso práctico, sin embargo, sí parece admitir que los valores (ya vimos que para él eran ‘normas principales’) del Estado de Derecho son

¹⁹⁸ Sobre esto me remito a algunas consideraciones del primer capítulo del presente trabajo, y a BARRANCO, M.C., *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996, pg. 53.

morales, es más, constituyen cauce de apertura a la ‘buena’ moralidad crítica. Conviene recordar que las diferencias entre los dos planteamientos positivistas parecen obedecer a una creencia del profesor Peces-Barba en la ‘bondad estatal’ cuando el Estado es de Derecho; quizá sea este mismo punto de partida el que le lleva a rechazar la libertad como norma de clausura del sistema. Si el profesor Prieto se preocupa más por la finalidad última de protección del individuo de los derechos fundamentales, G. Peces-Barba da primacía a su contribución a la legitimidad del poder. Ambos rasgos están presentes en las teorías de ambos autores, sin embargo, merced a esta diferencia, el primero se orientará más hacia una visión ‘subjetivista’ y el segundo centrará preferentemente su atención en cómo actúan los derechos a partir de su naturaleza de derivación de los valores en que se plasma el consenso. Aunque también la vinculación de los derechos con los valores es tenida en cuenta por el profesor Prieto, de lo que da cuenta su articulación del ‘elemento teleológico’ del núcleo de certeza del concepto al que nos referimos en otro lugar: “los derechos se identifican como la traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, como el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas aspiraciones importantes de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad”.¹⁹⁹

Junto a lo anterior, también subyace una distinta forma de entender las relaciones entre los distintos poderes constituidos y los derechos fundamentales; G. Peces-Barba, defiende la competencia legislativa sobre la judicial, en tanto Luis Prieto considera que en relación con los derechos debe hacerse efectivo el principio de constitucionalidad -veremos a continuación en qué términos-. Para el profesor Peces-Barba los derechos fundamentales en su función objetiva constituyen ‘instituciones’ en el sentido de Häberle, de ahí el papel atribuido al legislador en cuanto a la definición del contenido esencial del Derecho y las cautelas frente al juez. Para L. Prieto, los derechos son “normas”-no siempre normas-regla- que vinculan a los poderes constituidos, por eso el órgano que en primer lugar tiene atribuida la función de hacerlos eficaces es el órgano encargado administrar justicia, el Poder Judicial. No obstante, el profesor Prieto -criticando las teorías que consideran los derechos

¹⁹⁹ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 20.

sociales cuestión política- llega a la conclusión de que “suponer que hay “materias” de la justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar un cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático; pero suponer que existen “materias” de la política inaccesibles para el juez resultaría con seguridad muy poco constitucional. Por ello, tal vez en lugar de pensar en “materias”, deberíamos penar en círculos de competencia. Desde luego, tampoco aquí la separación puede ser tajante, pero, cuando menos, apunta en un sentido susceptible de conjugar los dos principios en pugna: el principio de la democracia, pues ningún ámbito queda sustraído a la particular concepción de la mayoría; y el principio de la constitucionalidad o de defensa de la posición del individuo incluso frente a la mayoría, pues ningún ámbito queda absolutamente al arbitrio de la política. En el fondo, es un problema de límites: hasta dónde se extiende la libertad de configuración de la ley, y a partir de qué punto no puede abdicar la actuación judicial en defensa del núcleo irreductible de la justicia (de la justicia expresada en la Constitución, por supuesto)”²⁰⁰.

Tanto L. Prieto como G. Peces-Barba parten de una misma crítica a la concepción principialista de Dworkin. Sin embargo, la resuelven de distinta forma; para L. Prieto los jueces aplican los principios frente a y por encima del legislador en tanto son Derecho que vincula a ciudadanos y poderes públicos, para G. Peces-Barba admitir que en el Ordenamiento existen ‘normas principales’ no puede suponer que jueces y tribunales hagan sombra al Parlamento, con lo que su función se limitará a la resolución de lagunas o antinomias cuando son utilizados por el jueces y tribunales ordinarios y a la interpretación de normas cuestionadas en su validez por el Tribunal Constitucional.

Además decía al principio de estas reflexiones sobre la ‘función dogmático

²⁰⁰ PRIETO, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, op. cit., pp. 112-113. Frente a lo que parece suceder en el modelo de Peces-Barba que reserva la competencia del Tribunal Constitucional a los casos de penumbra, según L. Prieto éste crea Derecho en dos situaciones “la primera sería aquella en que se produce un cierto “abandono político” por parte del legislador, de modo que el Tribunal se ve en la necesidad de desarrollar los preceptos constitucionales para dar solución a los conflictos planteados...La segunda situación sería justamente la contraria, es decir, aquella en que una hiperactividad de los órganos políticos obliga al Tribunal a ejercer una constante y cuidadosa fiscalización, agotando las posibilidades de interpretación del texto constitucional”. “Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional”, op. cit., pg. 84.

juricia', los derechos son normas constitucionales. El modo en que condicionan la validez de la voluntad de los poderes constituidos, "representa...la cabal recuperación del significado histórico primigenio de los derechos naturales, formulados al calor de la filosofía individualista y de la concepción pactista del Estado como un ámbito sagrado de inmunidad y libertad personal frente a la coacción externa de una sociedad que funda su existencia en un acto libre y voluntario de cada uno de sus miembros, y cuya razón de ser se halla precisamente en disponer de la fuerza de todos los asociados para defender con más eficacia unos derechos amenazados en el estado de naturaleza"²⁰¹. La consideración de los derechos fundamentales como constitucionales en este sentido es consecuencia de la función de los derechos en el punto de vista externo. Y en tanto se quiera seguir manteniendo esta función, los derechos deben configurarse como 'obligaciones estatales'; para ello, los derechos en el Derecho constituirán normas superiores cuyas relaciones con las inferiores vendrán determinadas por su superior jerarquía, vinculan a todos los poderes constituidos²⁰², deben ser aplicados directamente por 'los órganos primarios del sistema' en caso de que no exista desarrollo legislativo y 'constituyen criterios hermenéuticos preferentes, que han de ser tenidos en cuenta en toda operación de creación o aplicación del Derecho'.

En todas estas líneas se desarrolla, a mi entender, la función objetiva en el

²⁰¹ *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 98. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", op. cit., pg. 69, donde podemos leer, en relación a las tradiciones del constitucionalismo liberal y del iusnaturalismo racionalista: "el objetivo era en ambos casos preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban innatos, inalienables y universales, como la vida, la propiedad y la libertad...Este punto de partida daría lugar a una concepción de los derechos fundamentales y del propio Estado que, con algunos matices, puede decirse que sigue siendo nuestra concepción de los derechos y del Estado. Creo que puede resumirse en esos dos lemas: supremacía constitucional y artificialidad o instrumentalidad de las instituciones políticas".

²⁰² "que los derechos fundamentales sean derechos constitucionales significa entonces: primero, que en cuanto que forman parte de una norma jurídica, se imponen a cualesquiera otras normas precedentes, las cuales habrán de ser interpretadas en armonía con las exigencias que deriven de los derechos y, si ello no es posible, expulsadas del ordenamiento. Segundo, que al tratarse de la norma suprema del sistema jurídico, los derechos obligan a todos los poderes del Estado, en particular al legislativo. Tercero, que la ausencia de un desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero en ningún caso impedirlo, pues éstos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema. Y, finalmente, en cuanto que "son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional", los derechos no sólo defienden el estatus subjetivo de sus titulares, sino que constituyen criterios hermenéuticos preferentes, que han de ser tenidos en cuenta en toda operación de creación o aplicación del Derecho". *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pg. 120. En esta cita, se pone de manifiesto el sentido positivista del constitucionalismo que el autor defiende en *Positivismo y constitucionalismo*, op. cit., pg. 96.

sistema de derechos fundamentales del profesor Prieto y no sólo en la última que no es sino manifestación del más amplio 'carácter constitucional' de los derechos fundamentales. Es relevante que este autor no considera la función objetiva rasgo exclusivo del Estado social. Desde que aparecen históricamente, los derechos fundamentales –todos los derechos fundamentales– desempeñan una función objetiva y una función subjetiva, lo que ocurre es que en los derechos 'liberales' la función subjetiva prevalece sobre la objetiva y a la inversa sucede con los derechos 'sociales'. Esta idea obedece a su consideración de los derechos fundamentales como derechos constitucionales. También partidario de esta equiparación se muestra P. Cruz Villalón, según este autor "hoy no hay derecho fundamental que se precie de serlo que no sea susceptible de tutela judicial y de limitar el poder legislativo"²⁰³, aunque a diferencia del autor que estamos estudiando, utiliza la tesis de los derechos fundamentales como derechos constitucionales para excluir los principios rectores del catálogo de derechos fundamentales. Para L. Prieto, sin embargo, la afirmación del carácter constitucional de los derechos fundamentales debe servir para dotar de la eficacia que como derechos fundamentales les corresponde a los mencionados principios rectores.

Con estas últimas reflexiones sobre el rango constitucional de las normas de derechos fundamentales, se ha anticipado el elemento básico de la función teórico-estatal. El sometimiento de los poderes constituidos a los derechos fundamentales, constituye la culminación del Estado de Derecho. La efectividad de las disposiciones materiales de la Constitución no supone una superación del Estado de Derecho en la que se abandone la tensión entre el Derecho y la Moral, por un lado, y el individuo y el poder político por el otro; al contrario, supone el establecimiento de una serie de garantías con las que se trata de impedir que la moral crítica individual quede eliminada por una moral social que cuenta con el apoyo de la fuerza (y ese es el sentido, a mi entender, de la norma general de libertad) y de favorecer la formación de esa misma moral crítica.

El órgano a quien la Constitución convierte en mediador en esta tensión entre el

²⁰³ CRUZ VILLALON, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista española de Derecho Constitucional*, n° 25, 1989, pp. 35-62.

individuo y el Estado es en última instancia el Tribunal Constitucional. Y, en este punto, la posición de L. Prieto que en cuanto a la defensa de la función subjetiva se aproxima a la de Böckenforde, se aleja del autor alemán. Ciertamente, el reconocimiento de una función objetiva a los derechos fundamentales supone que éstos deben ser tomados en cuenta en cualquier decisión (y ello tiene que ver con su caracterización como principios y la forma en que los principios funcionan en el razonamiento jurídico) de modo que cualquier decisión puede ser una decisión sobre derechos fundamentales y, por ello, controlable judicialmente. Por eso mismo, con los derechos fundamentales, se produce, desde la perspectiva de L. Prieto, una alteración de la división de poderes.

