

LA CONFORMACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ

En este trabajo, pretendemos dar cuenta de cuál es la conformación de los derechos fundamentales, incidiendo en su sistematicidad y en los factores que intervienen de forma más influyente. Conformación que, como se verá, supera el paradigma formalista propio de los Estados liberales de Derecho en su etapa inicial. Dicho paradigma se ve superado por una realidad plural, tanto en el marco jurídico como en el social, político y económico, a la vez que cada una de estas esferas no permanece aislada de las demás, sino que existen íntimas implicaciones y conexiones entre ellas. Todo esto hace que surja una complejidad creciente que rompe la simplicidad propia de la modernidad.

Por otra parte, hemos de hacer hincapié en que la configuración de la que partimos es la de un sistema, o mejor dicho, la de un subsistema abierto y dinámico. Con el fin de llevar a cabo nuestro análisis, examinaremos el concepto de sistema jurídico, adentrándonos posteriormente en el estudio concreto del subsistema de los derechos fundamentales, para proseguir con la explicación del contexto en el que se insertan y la aportación de algunas de las nuevas modalidades, junto al diseño de un criterio de armonización especialmente en el ámbito de la Unión Europea.

1. ASPECTOS GENERALES DEL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO Y SUS IMPLICACIONES

El «sistema» está muy ligado a la historia de la Ciencia jurídica y no podemos entenderlo fuera de ella. En efecto, la concepción de la Ciencia del Derecho que aparece en los sistemas racionalistas de Derecho natural, desde Grocio y Pufendorf hasta Kant y Fichte, se plasma en el ideal de la Ciencia racional. Éstos se caracterizan porque parten de ciertos principios evidentes y son sus desarrollos deductivos. Las proposiciones jurídicas se infieren lógicamente y derivan su verdad de esos principios, con lo que la Ciencia jurídica cumple con las coordenadas de la «evidencia» y de la «deducción», sin que intente describir las reglas que están efectivamente vigentes en la sociedad, sino las ideales que, de acuerdo con el Derecho natural, deben regir. Pero, llegado el siglo XIX se produce un cambio en la concepción estudiada,

influido por la Codificación en Francia, la Escuela histórica de Savigny en Alemania y el utilitarismo de Bentham y Austin en Inglaterra¹.

Durante el transcurso de este siglo, la Dogmática, asumiendo la Jurisprudencia de conceptos nacida de la Escuela histórica a través de la Pandectística, terminó en una posición abstracta y antihistórica acorde con la Europa estática de entonces. Aquella reclamaba la prioridad y la autosuficiencia del conocimiento jurídico elaborada en el marco de un Ordenamiento, habiendo pasado, con el desenvolvimiento normativizador, a estimarse predominantemente como la dilucidación teórica de las normas con objeto de fabricar modelos dogmáticos a expensas de los creados por el legislador. Para la Jurisprudencia conceptualista, el Derecho es un sistema conceptual constituido sobre el análisis de las normas positivas y sobre la creencia en la logicidad inmanente en el Ordenamiento jurídico positivo. En este contexto se comprende el nacimiento de un pensamiento depurado de cualquier fuente de inseguridad. La Pandectística se ocuparía de buscar conceptos jurídicos generales analizando siempre el Derecho positivo; y la Dogmática conceptualista estudiaría las normas jurídicas sin más, de las que se pueden extraer conceptos comunes para la totalidad de los Ordenamientos que deben ser hallados, analizados, ordenados y sistematizados².

Más adelante, los paradigmas cambiarían. Kelsen creyó que la Ciencia del Derecho es normativa y que un Ordenamiento jurídico constituye un conjunto de normas ordenadas que forman un sistema. Aquí, es importante destacar la neutralidad axiológica que se pretende. La Teoría pura del Derecho intenta ser una teoría general del Derecho positivo que parte de una separación total entre la forma y el contenido. En la ley impuesta, se parte de la norma como condición que permite conocer el contenido de aquél; cosa que lo que realmente hace es desvalorizarlo, puesto que su cualidad esencial es «ser norma» en cuanto que es un «deber ser» dirigido a las conductas³. A lo expuesto hay que añadir que en la primera mitad del siglo XX se produjeron intentos de fundar una Ciencia jurídica sobre una base empírica. Como ejemplos se pueden citar a Geny, Heck, Kantorowicz, Duguit, Pound, Holmes, Cardozo, Gray, Llewellyn, Frank, Hägerström, Lundstedt, Olivecrona y Ross. Sin embargo, los realistas pretendieron sacarla de la categoría de las racionales y la pasaron a la de las empíricas⁴, tomando el estudio del sistema jurídico el camino de la Escuela analítica inglesa (Hart y Raz) y el de la teoría institucionalista del Derecho (Santi Romano). Una dirección más definida hacia la consideración sociológica se acentúa en Friedman, como representante de la Sociología jurídica norteamericana⁵.

¹ C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 89 y 90.

² F. MODUGNO, «Normativismo», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VIII, pp. 543 y ss.; G. FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 2, trad. de F. J. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 1982; K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 51 y ss.

³ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Porrúa, México, 2002, pp. 15 y ss. Ver también: A. CALSAMIGLIA, *Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1978; y J. A. GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la Norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

⁴ C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 89 y ss.

⁵ Las corrientes vistas han de emplearse conjunta y complementariamente, concluyéndose que hay diversas tradiciones, cfr. R. DAVID y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes*

La idea de sistema de los derechos fundamentales nos conduce a la interdependencia entre los derechos en cuestión junto a la fijación de tres notas comunes: la unidad, la plenitud y la coherencia. Así, apreciamos la idea de una unidad de sentido. Como acabamos de ver, el proceso de sistematización en general corre paralelo a la evolución del Estado moderno, siendo uno de los aspectos más representativos de los Ordenamientos jurídicos más evolucionados en los que actúa como un elemento esencial de la seguridad jurídica. En este sentido, su estructura constituye un todo único y bien delimitado, con unas peculiaridades que informan cada elemento⁶.

En relación con la plenitud, la tesis que la propugna se ha apoyado en la fuerza de la expansión lógica del Derecho positivo, o en la funcionalidad de una norma tácita complementaria que cierra el sistema cubriendo y abrazando (negativamente) los casos no previstos —Zitelmann, Donati y Kelsen—. Mas hay que comprender que la lógica es impotente para llenar los vacíos resultantes de la insuficiencia de los textos. La Norma que cierra el sistema jurídico adolece de grandes problemas en la esfera de la práctica del Derecho positivo, siendo innegables las zonas de penumbra —Bergbohm—⁷. A su vez, el problema de las lagunas está conectado con la integridad de los Ordenamientos, lo que designa ausencia de lagunas o, desde otra perspectiva, completud, gracias a que cada caso es resoluble. Esta propiedad representa en la doctrina una concepción estatista del Derecho y es el movimiento Codificador el que simboliza tal actitud⁸.

Y en cuanto a la coherencia hay que señalar que la unidad sistemática viene enunciada como el principio de no-contradicción, teniendo que ser coherentes entre sí los elementos que lo constituyen. Los criterios clásicos que se suelen utilizar son los que se encuadran en el ámbito jerárquico, temporal y de especialidad. Los requisitos que han de contenerse en un sistema jurídico coherente los resume Pecznik, siguiendo a BonJour: el sistema ha de ser lógicamente consistente; ha de poseer un alto grado de consistencia probabilística y un número significativo de conexiones de inferencia que sean relativamente fuertes entre las creencias componentes; ha de existir una conexión relativa, o sea, no dividirse en subsistemas relativamente desunidos unos de otros; poseer pocas anomalías que no hayan sido explicadas; y satisfacer el requerimiento de observación, es decir, contener leyes que otorguen un alto grado

de Droit contemporains, Dalloz, París, 2002, pp. 2 y ss. (hay traducción castellana de P. Bravo Gala: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, Madrid, 1973); M. van de KERCHOVE y F. OST, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de I. Hoyo Sierra, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 45 y 46; M. G. LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho extranjero y europeo*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1993, pp. 38 y 39.

⁶ A. E. PÉREZ LUÑO, «El sistema de los derechos fundamentales», en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y M. A. RAMIRO AVILÉS (coords.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 380 y 381.

⁷ M. SEGURA ORTEGA, «El problema de las lagunas en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, p. 291. Cfr. V. ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 147 y ss.; VARIOS AUTORES, «Le problème des lacunes en Droit», en *Études publiées par Ch. Perelman*, Bruylant, Bruselas, 1968.

⁸ N. BOBBIO, «Teoría del ordenamiento jurídico», en N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña, Debate, Madrid, 1995, pp. 224 y ss.

de confiabilidad a una variedad razonable de creencias cognitivamente espontáneas, encerrando creencias introspectivas⁹.

En conjunto, hablar de un Ordenamiento supone que las normas que lo componen no están aisladas, sino que están conectadas por su pertenencia a un sistema estructurado. El concepto de estructura nos da a conocer una pluralidad de elementos y la configuración dinámica de una totalidad¹⁰. De esta manera, los sistemas jurídicos se caracterizan por su sentido ordenador según una serie de tipos funcionales. A estos efectos, Raz enuncia las funciones primarias de «controlar el comportamiento» y «reprimirlo»; «otorgar instrumentos para el desenvolvimiento de la interacción privada»; «regular la distribución social de bienes y servicios»; y «resolver disputas que están fuera de la normatividad positiva». Por otro lado, aparecen las funciones secundarias que dependen de la condición que desempeñan las normas¹¹. La configuración del Derecho implica un proceso centrado en diversas operaciones que muestran sus notas estructurales y muchas de sus insuficiencias formales¹².

Por consiguiente, establecer la pertenencia de una norma a un Ordenamiento jurídico depende, al menos, de mostrar que la norma es válida en relación a un sistema normativo y que éste pertenece a un Ordenamiento jurídico. Sobre los requisitos para que un sistema pertenezca a una familia jurídica no hay una opinión unánime, pero los criterios que han adquirido más fuerza se pueden agrupar en los antecedentes históricos y el desarrollo legal, la jerarquía o el predominio de una u otra fuente del Derecho, el método de los juristas, los conceptos que lo integran, y las instituciones y divisiones del Derecho aplicado. A este respecto, Caracciolo da por supuesto que un modelo sistémico se edifica sobre las prescripciones consideradas como el Derecho vigente de una comunidad. De otro lado, queda claro que la pretensión de relevancia del modelo con respecto a esa práctica conlleva una dimensión empírica y es preciso que los criterios teóricos se formulen de acuerdo con tal objetivo¹³.

En consecuencia, un análisis lógico-formal riguroso no nos aporta la captación deseada, y menos aún cuando en los Estados democráticos la legislación es la instancia jurídica que se encarga de introducir reformas en el Derecho, reflejando o guiando el cambio social; cuando en el campo judicial la interpretación permite un margen para introducir ciertas modificaciones dentro de lo que faculta el sistema; y cuando, en lo que se refiere a la Administración y al Poder Ejecutivo, su capacidad para actuar

⁹ A. PECZENIK, *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México D. F., 2003, p. 101.

¹⁰ G. LUMIA, *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1993, pp. 53 y 54.

¹¹ J. RAZ, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, trad. y notas de R. Tamayo Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pp. 213 y ss.

¹² C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 23; P. E. NAVARRO y M. C. REDONDO, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México D. F., 2000, p. 11.

¹³ M. van de KERCHOVE y F. OST, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, op. cit., pp. 45 y 46; R. A. CARACCILO, *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*, Fontamara, México D. F., 1999, pp. 49 y ss.

como agentes del cambio social deriva, en gran medida, de que su función se desenvuelva en el terreno de la normación que tiende a agrandarse cada vez más¹⁴. Simultáneamente, se evidencia que las mutaciones que sufre el modelo aplicativo del Derecho rompen con la concepción del estricto formalismo, creándose espacios relacionados con fines y estrategias de naturaleza social, económica, política, etc., que tienen un gran peso en la realización de los principios jurídicos¹⁵.

2. EL SUBSISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En base a lo dicho hasta ahora, se ha reiterado en multitud de ocasiones que «en primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Mas, 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 social y democrático de Derecho»¹⁶. Este planteamiento precisa limitar las exigencias y pretensiones que conlleven los derechos, habiendo de ser formuladas y protegidas por el Derecho positivo consagrando la idea de garantía de la dignidad humana, en la medida que los citados derechos legitiman al poder cuando actúan para proteger a la persona o para lograr su integración.

La «norma» es un elemento central en el concepto de «derecho fundamental», llegando a afirmar E. Díaz que las expresiones «tengo derecho a x», o «¡no hay derecho!», nos conducen en última instancia a la idea del «Derecho como norma» como su fundamento y protección¹⁷. Desde otro punto de vista, dice Reale que el «vínculo de atribución» es «la concreción de la norma jurídica al ámbito de la relación entre dos personas». Es «el vínculo que confiere a cada uno de los participantes en la relación el poder de pretender o exigir algo determinado o determinable». De forma que cuando nos encontramos con que alguien tiene una pretensión protegida por la norma jurídica, aseveramos que está «legitimado para exigir su derecho o para practicar el acto»¹⁸. Ejemplificativamente, Pattaro presenta una metáfora que ilustra la relación-diferenciación entre el «Derecho objetivo» y el «derecho como pretensión», ésta es la siguiente: si partimos de que el Derecho objetivo se puede comparar con «la circunferencia de un círculo o el perímetro de una figura plana», el derecho como pretensión puede compararse al círculo, es decir, «al área circunscrita por la circunferencia o por un perímetro». La conclusión que obtenemos es que aquél implica a éste, y viceversa. Existe simultaneidad lógica y coexistencia de uno y de otro¹⁹.

¹⁴ M. ATIENZA RODRÍGUEZ, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 169 y ss.

¹⁵ T. PICONTO NOVALES, *En las fronteras del Derecho. Estudios y reflexiones generales*, Dikynson, Madrid, 2000, p. 162.

¹⁶ Por ejemplo, cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de Julio.

¹⁷ En concreto, sobre el sentido de la concepción normativa del Derecho, ver E. DÍAZ GARCÍA, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1993.

¹⁸ Sobre las situaciones subjetivas y el derecho subjetivo, ver M. REALE, *Introducción al Derecho*, trad. de J. Brufau, Pirámide, Madrid, 1989, pp. 195 y ss.

¹⁹ E. PATTARO, *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. I. Ara Pinilla, Debate, Madrid, 1986, p. 42.

En esta línea, los derechos fundamentales podrían definirse, siguiendo a Peces-Barba, como «aquéllos regulados por regla general en la Constitución, conformadores de un subsistema jurídico propio, aunque no aislado, que se despliega por las leyes orgánicas u ordinarias y por la jurisprudencia, singularmente la del Tribunal Constitucional». Cada norma reguladora de un derecho se relaciona con las reguladoras de otros derechos o del mismo derecho, conformando una esfera jurídica, un subsistema dentro de los preceptos constitucionales y del sistema jurídico amplio, con rango de Norma básica material. La concordancia entre los componentes del subsistema jurídico es un requisito de coherencia, que exterioriza una unidad de cohesión interna y de diferenciación externa adecuada a unos criterios formales y materiales de pertenencia al modelo²⁰.

Más concretamente, los derechos fundamentales no aparecen aislados los unos de los otros, son parte integrante de una unidad superior, de una regulación o campo normativo. Se trata de partes de un sector o conjunto de normas más amplio y que únicamente en su conexión mutua pueden ser plenamente entendidas con armonía y lógica interna. La fijación de la pertenencia de un derecho D a un orden jurídico Oj depende, por lo menos, de un par de pasos: a) mostrar que D es válido en relación a un sistema normativo Sn ; y b) mostrar que Sn pertenece al conjunto que constituye Oj ²¹. Por eso, lo que puntualiza el sentido de un derecho fundamental es el criterio de un orden de normas, porque el establecimiento de un orden social a través del Derecho exige una delimitación regulativa, habiendo diversidad de fines y relaciones sociales jerarquizadas²². A estos efectos, se describe el sentido de la estructura y de la función del subsistema objeto de estudio en los siguientes puntos:

- a) El subsistema de los derechos fundamentales se sitúa en un lugar muy relevante en el Ordenamiento jurídico;
- b) en el Derecho positivo el subsistema se suele encontrar en la Constitución, y se desarrolla legislativa y jurisprudencialmente, fundamentalmente por el Tribunal Constitucional;
- c) es prolongación de la Norma básica de identificación de normas, al tiempo que atribuye a titulares, personas físicas, y en ciertas ocasiones personas jurídicas, derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades;
- d) la jerarquía interna entre las normas del subsistema es posible sólo en su dimensión formal, pudiéndose determinar criterios interpretativos para el caso de colisión entre derechos;
- e) los criterios formales de jerarquía se establecen por el tipo de normas exigidas para su desarrollo y por el tipo de protección que tienen;

²⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 353 y ss., y 413 y ss.

²¹ Cfr. R. A. CARACCILO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 20.

²² Cfr. N. BOBBIO, «Teoría del ordenamiento jurídico», op. cit., pp. 165 y ss.

- f) las normas del subsistema están entrelazadas y son las que regulan la producción de derechos, establecen poderes para acceder a la titularidad de un derecho, dictaminan sus contenidos y comportamientos posibles en base a ellos y regulan desde perspectivas diferentes las garantías de los derechos²³.

En relación al contenido material, el de los derechos fundamentales se desdobra en los valores de «libertad», «igualdad» y «solidaridad». El «orden», la «justicia», la «seguridad» y el «pluralismo político» son presupuesto, puente de unión y consagración axiológica, o aspectos conformadores y conclusivos de la «libertad», la «igualdad» o la «solidaridad». Los derechos civiles y políticos, y los de igualdad y solidaridad, se integran en un Ordenamiento inspirado por los mismos valores y principios en el que resulta ficticia la contraposición entre el interés particular y el interés social. Los poderes públicos intervienen con el fin de procurar un orden económico y social justo y de promover el progreso para asegurar una calidad de vida digna, creando las apoyaturas sin las que es imposible que esos valores sean reales y efectivos.

Además, la diferencia entre lo «público» y lo «privado» se corrobora por la vaguedad de los términos, ya que, a pesar del intento de delimitar las esferas que corresponden a uno y a otro, la formación de un Estado social y democrático de Derecho difumina la dicotomía entre los sectores jurídicos y compatibiliza los derechos fundamentales. Puntualizando el contenido de la libertad que está vigente en la sociedad, Bobbio, con una finalidad armonizadora, la esquematiza en tres variables: 1) Todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la invasión de todo poder externo, principalmente del poder estatal (libertad negativa); 2) todo ser humano debe participar de manera directa, o indirecta, en la formación de las normas que han de regular sus conductas no integradas en su campo de acción individual (libertad política); y 3) todo ser humano debe tener el poder efectivo de traducir en comportamientos concretos los comportamientos abstractos previstos en las Constituciones, debiendo poseer bienes de su propiedad o cuotas de una propiedad colectiva suficientes para lograr una vida digna²⁴.

A lo que se añade que la regulación de los derechos fundamentales obedece a un pensamiento históricamente condicionado por la forma de organización social. En consecuencia, las técnicas jurídicas que sirven para garantizarlos tienen que comprenderse dentro de una opción política y moral que las fundamente. Y, puesto que las condiciones del consenso suponen exigencias variables para asegurar y depurar la comunicación y la formación de la voluntad colectiva, los derechos son también las formas jurídicas que recogen las pretensiones dirigidas a satisfacer las necesidades que en cada momento requiere la institucionalización del diálogo. Profundizando más, el Derecho positivo puede valerse de varias técnicas que nos reconduzcan en último término a los derechos. Las «protectoras» o «represivas» que tienden a imponer deberes jurídicos positivos (obligaciones) o negativos (prohibiciones), bajo la amenaza de que, si se infringen, se aplicará una pena o sanción negativa. Éstas son las propias de un Estado liberal clásico, en el que el Derecho lo que hace es garantizar

²³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, op. cit., pp. 379 y 380.

²⁴ N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 44.

la autonomía individual y el libre juego del mercado. Otra clase son las denominadas «regulativas» y de control público, por las que el Derecho organiza la estructura social y económica, define y distribuye roles sociales, determina y otorga competencias, regula la intervención política en la actividad socio-económica y redistribuye los recursos disponibles. Ello es típico de la aparición de un Estado social, desplegando una función «reformadora» de las estructuras sociales y económicas con los contenidos legislativos. La finalidad de la técnica «promocional» es la de conseguir que los individuos realicen comportamientos socialmente necesarios. Ésta es propia del Estado de bienestar y el instrumento utilizado es el de la incentivación o premio, caso de los planes, las leyes-programa y los contratos de progreso con el objetivo de recompensar las acciones que se ajusten a las normas²⁵.

No obstante la diversidad, se pone en evidencia que las técnicas jurídicas guardan cierta unidad. Hay derechos económicos, sociales y culturales que emplean igual forma de organización que los de libertad. Garantizan al ciudadano un ámbito sin interferencias de los poderes públicos ni de los particulares, y sancionan las acciones que invaden ese campo autónomo (p. ej.: los derechos de huelga y de libre sindicación). Hay también derechos económicos, sociales y culturales que adquieren la forma de derechos de crédito, teniendo a su favor un título para exigir una prestación de los poderes públicos; y los derechos-deber en los que el titular de un derecho lleva aparejado el cumplimiento de un deber por la importancia que revisten (p. ej.: el derecho a la educación y a la enseñanza básica obligatoria)²⁶.

Globalmente, las necesidades básicas, con las que podemos justificar la existencia de derechos, proporcionan argumentos a favor de una respuesta jurídico-normativa a determinadas exigencias, aunque no toda necesidad precisa un reconocimiento y cobertura jurídica²⁷. Ratificadas estas coordenadas, la dignidad humana se erige como fundamento último de los subsistemas jurídicos que contienen a los derechos fundamentales. Traduce un «mínimo inviolable», tiene entidad propia y es su generalidad la que la hace adaptable en una sociedad plural²⁸. En coherencia, la conciliación y

²⁵ N. BOBBIO, «La función promocional del Derecho», en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, recopilación y trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 371 y ss.; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ; E. FERNÁNDEZ; y R. de ASÍS, con la colaboración de M. J. Fariñas, A. Llamas, J. Ansuátegui, J. P. Rodríguez y J. M. Sauca, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 52 y 53.

²⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Los derechos económicos, sociales y culturales: Apunte para su formación histórica y su concepto», en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999, pp. 62 y ss.

²⁷ M. J. AÑÓN ROIG, «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en J. BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 112 y ss.; y *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 252 y 264; R. de ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001, pp. 20 y ss.

²⁸ Cfr. el Prólogo de B. HECK al trabajo de K. DOEHRING, «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático», en W. ABENDROTH; E. FORSTHOFF; y K. DOEHRING, *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p.

armonía de los fines individuales y sociales ha de realizarse sobre el reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de valores corresponde a la persona. Se deduce que la «dignidad de la persona», los «derechos inviolables que le son inherentes» y el «libre desarrollo de la personalidad» son el fundamento de la libertad en sus múltiples facetas; y que el «respeto a la ley» y a «los derechos de los demás» configuran sus fronteras²⁹.

En ocasiones, el ejercicio de los derechos fundamentales plantea conflictos. Las soluciones son diversas, pero es la técnica de la ponderación la que conduce a la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre bienes y valores opuestos; siendo importante destacar que parte de la igualdad de las normas en conflicto, pues, en caso contrario, sucedería que la antinomia se resolvería con arreglo al criterio jerárquico³⁰. Una concepción que no sea sólo procedimentalista ha de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. La fuerza de los bienes o valores se ha de producir a partir de la naturaleza que tengan atribuida, reconociendo luego la constitucionalidad de la limitación en la adecuación de la medida limitativa. El contenido esencial de cada uno de los derechos compondrá el límite de los límites, y la contradicción quedará reducida a si una norma nace para preservar cierto derecho, infringiéndose que la forma de solventar la confrontación se ha de valorar desde la perspectiva de los bienes o valores tutelados y lesionados. Cuando se produzca un conflicto referido al contenido esencial, se señalará un régimen de concurrencia normativa en el que unas normas no excluyan a las otras. La relación es interactiva, en la que la fuerza expansiva de cada derecho fundamental influye en la de los demás³¹.

La seguridad jurídica desempeña un papel informador y conclusivo de la libertad, la igualdad y la solidaridad, que en el Estado de Derecho es presupuesto de la lega-

111; I. von MÜNCH, «La dignidad del hombre en el Derecho constitucional», trad. de J. de Nicolás, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, Mayo-Agosto de 1982, pp. 9 y ss. En lo atinente a la dignidad y a la fundamentación de los derechos humanos, ver E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 120, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1989, de 22 de Febrero.

²⁹ Los derechos de la personalidad más importantes se recogen en la Sección I del Capítulo II del Título I del Texto constitucional —«De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»—, asignándoseles una posición privilegiada. Cfr. L. GARCÍA SAN MIGUEL (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995; J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, «Derechos fundamentales de la persona (comentario al art. 10 de la Constitución)», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. I, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

³⁰ L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 189.

³¹ I. de OTTO y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. de OTTO y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 120 y ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 150; E. J. VIDAL GIL, *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 99 y ss, junto a las Sentencias del Tribunal Constitucional 204/1997, de 25 de Noviembre y 144/1998, de 30 de Junio.

lidad emanada de los derechos fundamentales y cumple la función que asegura la realización de las libertades. La seguridad viene regulada objetivamente por la regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, que produce en las personas y en la conciencia de la sociedad unos efectos de percepción subjetivos de tranquilidad y sosiego al saber a qué atenerse. Por lo tanto, las condiciones básicas que deben concurrir son: la corrección estructural, o garantía de disposición o formulación regular de los derechos, y la corrección funcional que comporta la garantía de su cumplimiento por los destinatarios, al lado de la regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación. Sin obviar que la dimensión funcional de la seguridad permanece unida a la de la eficacia, Pérez Luño conceptúa a la primera como adición de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad³². Descritas estas cuestiones, el problema de los actuales Estados sociales tiene su principal razón de ser en lo que Rosanvallon llama «crisis de la solidaridad». Crisis que se traba en el hecho de que el Estado, agente central de redistribución y, derivativamente, de organización solidaria, es el gran intermediario que sustituye la relación entre los individuos y los grupos³³.

3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONTEXTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La categorización de que los derechos fundamentales configuran un subsistema jurídico conlleva una separación de los sistemas económicos, sociales, morales, etc. Siguiendo en este caso la teoría de Ferrajoli, es claro que la separación entre su imagen histórica o social dejaría sin explicación satisfactoria ciertos problemas vinculados a la casuística y estatuto jurídico. En un Estado de Derecho, el reconocimiento de un derecho individual significa el ejercicio de la autonomía privada por la estipulación del perfeccionamiento de contratos y la obtención de bienes o prestaciones de los demás. En un Estado así la estructura de los derechos es individualista, pudiendo producirse estrategias no adecuadas al descontar que la mujer, los minusválidos, las minorías raciales..., se encuentran en la situación actual por causas «naturales», sin darse cuenta de que se trata de un problema social que afecta a las relaciones individuo-comunidad³⁴.

Los derechos fundamentales son la dimensión en la que toman forma identidades, necesidades y valores de carácter externo. Estas demandas generan una dinámica continua que aspira a llevar a cabo un incremento de los niveles globales de libertad e igualdad, por lo que no todo derecho es fundamental, ya que ha de reunir una serie

³² A. E., PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 30 y ss.

³³ P. ROSANVALLON, *La crisis del Estado providencia*, trad. de A. Estruch Manjón, Civitas, Madrid, 1995, pp. 54 y ss., y 111 y ss. Ver también: R. DAHRENDORF, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, trad. de F. Ortiz, Mondadori, Madrid, 1993; D. HARRIS, *La cuadratura del círculo: bienestar económico, cohesión social y libertad política*, trad. de I. Rosas Alvarado, revisado por M. Aranda Marqués, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

³⁴ P. BARCELONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. de J. R. Capella, J. A. Estévez y H. Silveira. Trotta, Madrid, 1999, pp. 105 y ss.; K. TUORI, *Positivismo crítico y Derecho moderno*, trad. castellana, Fontamara, México D. F., 1998, p. 22.

de requisitos adicionales: pertenecer a un sistema jurídico y responder a ciertos valores inmersos en la historicidad con fuentes, dice Recaséns Siches, como la diversidad de materias sociales y el cambio de esas materias; la variación y mutación en las necesidades de cada momento histórico, y los diferentes y cambiantes instrumentos elegidos para su satisfacción; las modificaciones que surgen del aleccionamiento que suministra la experiencia práctica respecto de las tareas humanas y, por ende, de las jurídicas; y la prelación que conlleva el escalonamiento de urgencia de las necesidades sociales que cada momento plantea³⁵. En este sentido, es ilustrativa la postura de Böckenförde al sustentar que la teoría de los derechos en cuestión depende de la concepción del Estado y de la teoría de la Constitución que se mantenga³⁶.

Ahora bien, la pregunta que procede es la de ¿cuál es la funcionalidad que reviste el conflicto y el consenso dentro del sistema democrático en el que se diseñan nuestros derechos? Al respecto, parece claro que el consenso más importante es el de las reglas de resolución de los conflictos, debiendo ser éste un proceso de ajuste entre intereses discrepantes. Así, el pluralismo se plantea como la mejor defensa y legitimación del principio de que la mayoría debe respetar los derechos de la minoría³⁷. La racionalidad comunicativa habermasiana se construye como un medio por el que la gente puede llegar a un entendimiento recíproco, a una comprensión mutua, como un modelo procedimental que acarrea la superación entre las construcciones formales y las materiales, mediante la constitución de un arquetipo democrático³⁸.

Mas el interrogante que queda por dilucidar es el del papel que juega el Estado. Pues bien, su noción como poder soberano, absoluto primero y limitado posteriormente, va ligada a la noción de orden y a la de paz social, marcando un hito el liberalismo europeo del siglo XIX en la formulación de garantías de la libertad individual³⁹. Haciendo un poco de historia, la legitimación del poder político de Rousseau, que había sido ya apuntada por Locke y Hobbes, se concibe como una idea racional que actúa como criterio regulador para apreciar si un régimen es justo. Para Kant, el Estado se debía constituir sobre un pacto. Da por supuesto que el hombre debió contratar y aceptar lo que le convenía racionalmente, causa por la que nadie está sustraído al pacto social⁴⁰. Al hilo de esta argumentación, la actitud comprensiva del

³⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1991, pp. 462 y ss.

³⁶ E.-W., BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 44 y ss.

³⁷ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2005, pp. 363 y ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 43 y ss.

³⁸ J. HABERMAS, *ibid.*, p. 375.

³⁹ E. FERNÁNDEZ GARCÍA, «Estado, sociedad civil y democracia», en VARIOS AUTORES, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid, 1996, p. 124.

⁴⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, con la colaboración de L. Prieto Sanchís, *La Constitución española de 1978: un estudio de Derecho y política*, F. Torres, Valencia, 1984, p. 17. Las ideas expuestas se conectan con el valor jurídico de la Constitución, que, «lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro Ordenamiento» (Sentencia del Tribunal Constitucional 15/82, de 23 de Abril, entre otras).

Derecho puede adquirir la forma del súbdito y la del ciudadano. El primero denota una posición de dependencia hacia la autoridad política y estima el Derecho como algo que le es ajeno. En contrapartida, el ciudadano mantiene una posición comprensiva, porque es miembro de la comunidad política y tiene derechos y deberes respecto de la misma. La mutación de la legislación como fuente del Derecho se remite al principio de la separación de las funciones del poder y hace más compleja la operatividad jurídica desde un ángulo democrático⁴¹.

Por otro lado, el Estado de Derecho traduce un prototipo político-jurídico que se sintetiza en el desenvolvimiento de los miembros de la sociedad desde el reconocimiento de su libertad e igualdad, y las restricciones en las atribuciones de los órganos estatales en lo que respecta a su actuación. Implica un Estado sometido a Derecho, contrapuesto a cualquier fórmula de absolutismo o totalitarismo con poder ilimitado, jurídicamente hablando, o insuficientemente regulado y sometido. El régimen constitucional y la democracia están íntimamente unidos y representan ingredientes irrenunciables de nuestra concepción de la organización política. Según dice Prieto Sanchís⁴², si la democracia conforma un modelo valioso es porque, además de aportar una regla para solucionar disputas jurídicas, propicia mejor que otros sistemas el desarrollo de la autonomía individual, del diálogo, de la igualdad de derechos y de la participación en los asuntos comunes. Sin embargo, en los tiempos que corren estamos atravesando una crisis del Derecho, concretada en lo que Ferrajoli denomina «crisis de la legalidad» —del valor vinculante que los poderes públicos asocian a las reglas— y en la falta de adecuación estructural entre el Estado de Derecho y las funciones del *Welfare State*, aumentada por el carácter selectivo y desigual que proviene de la «crisis del Estado social». A ello se une la «crisis del Estado nacional», expresada en los cambios de la soberanía, en la alteración de las fuentes y, como consecuencia, en un debilitamiento del constitucionalismo; siendo obvio que la situación descrita corre el riesgo de desembocar en una «crisis de la democracia», cuestión que viene impuesta por la alteración del sometimiento de los poderes públicos a la ley, en el que se fundan la soberanía popular y el Estado de Derecho⁴³.

Una aproximación realista a los modelos de Estado de Derecho contemporáneos nos lleva a advertir una divergencia dentro del Ordenamiento jurídico entre la proclamación ideal-constitucional de los derechos y su grado de plasmación legal y de realización práctica, lo que conduce a plantear graves problemas a la hora de establecer las relaciones entre el poder y el Derecho. Hoy, se divisan nuevos espacios que presentan programas innovadores socio-postmaterialistas y políticas para conseguir la paz, la ecología, la igualdad sexual y racial que se han de efectuar por nuevos grupos y movimientos sociales. La idea moderna de racionalidad global de la vida social y personal se desintegra en micro-racionalidades que están al servicio de una racional-

⁴¹ A. SQUELLA NARDUCCI, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, Fontamara, México D. F., 1998, p. 67. Ver además N., BOBBIO, *Igualdad y libertad*, introducción de G. Peces-Barba, trad. de P. Aragón Rincón, Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000, pp. 117 y ss.

⁴² L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 137.

⁴³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2005, pp. 9 y ss.

lidad «global», «incontrolable» e «inexplicable». La labor de la teoría crítica postmoderna sería, según B. de Sousa Santos, la reinención de las micro-racionalidades de forma que dejen de ser partes de una totalidad para convertirse en totalidades presentes en muchas partes. En contra, actualmente advertimos un proceso centrado en la globalización económica, social, política, cultural y jurídica. Esta realidad origina nuevos mecanismos institucionales de integración y de cohesión social, y conmina a que haya una descentralización en la toma de decisiones jurídico-políticas acompañada de controles adecuados. Jurídicamente, se habla de desregulación, de unificación y armonización, y de promoción de la normativa privada entre los grandes agentes económicos⁴⁴.

De lo enunciado deducimos que la globalización supone grandes paradojas. Implica que haya una ruptura de las clásicas fronteras nacionales, instaurándose relaciones entre los distintos espacios geográficos; y se aprecia la actuación de un acusado regionalismo y localismo en los que la participación de los ciudadanos sea más activa, apoyándose la conservación y desarrollo de las culturas. Este marco ha incidido directamente en los derechos fundamentales y urge la aceptación de la diferencia del otro dentro de la tolerancia y la no-exclusión, reconociendo la diversidad dentro de la unidad. Por tanto, las normas jurídicas deben reconocer y aprobar la variedad y la diferenciación, asumiéndolas y valorándolas positivamente con el límite del respeto a la dignidad humana y a los derechos inviolables que le son inherentes⁴⁵. La especificación de los derechos son el cimiento sobre el cual se construyen las identidades. En estos supuestos lo que sucede es que la igualdad que venía reclamándose hasta ahora, sin hacerse relevante jurídicamente una serie de factores, como el sexo, la raza, la lengua, la religión, la condición social..., se ha reivindicado en relación con esas diferencias como derecho a un tratamiento distinto, pero para compatibilizarla con la igualdad en la sociedad en la que vivimos son precisos unos principios y valores comunes que aúnen las diferencias. Los problemas se muestran en el terreno de conciliar la integración y la diferenciación en Estados con crecientes minorías diferenciales. La tolerancia encierra creencias que son distintas unas de otras y ha de ser activa, mas es evidente que es una virtud pública y que el pluralismo es un valor jurídico-político que se fija en el reconocimiento, la promoción y valoración de las realidades personales, sociales y culturales. En este orden, el problema de la ciudadanía es el que sobresale, siendo lo más acertado, como reseña J. de Lucas, discernir entre sociedad multicultural y proyectos interculturales, partiendo de la diferenciación entre la multiculturalidad, como hecho social, y las respuestas normativas que se otorguen. De este modo, se logrará superar el dilema entre los planteamientos universalistas de los derechos humanos y el relativismo extremo⁴⁶.

⁴⁴ B. de SOUSA SANTOS, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. de C. Bernal y M. García Villegas, Siglo del Hombre-Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes-Ediciones Uniandes, Santafé de Bogotá, 1998; Id., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, trad. de A. Barreto, G. Salazar, A. E. Ceceña, J. Herrera Flores, F. Cammaert, D. Palacio y J. Eraso, Trotta, Madrid, 2005.

⁴⁵ M. J. FARIÑAS DULCE, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000; J. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, «El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 2000, pp. 78 y 79.

⁴⁶ J. de LUCAS MARTÍN, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994; Id., «La sociedad multicultural.

No obstante, los cambios acontecidos, junto a los nuevos moldes indicados y lo que implican, no se quedan ahí, sino que tienen una gran influencia en la determinación de las garantías que, en su caso, corresponden a los derechos fundamentales y, sobre todo, a los sociales. Efectivamente, dado que el Derecho tiende a establecer la paz entre sujetos relacionados en términos de libertad, igualdad y/o solidaridad, los titulares de los derechos fundamentales deben tener recursos para garantizarlos y reparar los daños sufridos. Las causas de que no hayamos conseguido todavía un nivel satisfactorio en este terreno derivan de que no se ha producido el consenso necesario para legitimar la inclusión de los derechos de solidaridad como derechos humanos; y de que falta un alto margen de coincidencia entre el consenso social y su percepción por parte de los analistas de los valores vigentes⁴⁷. Para solventar el problema al que nos enfrentamos, Barcellona propone la búsqueda de una comunidad mejor que entre en tensión «con» y «dentro» de las formas de la democracia liberal, puesto que solamente por esta tensión podrá crearse una nueva decisión colectiva sobre lo participable y lo indivisible. Esta búsqueda, aunque necesaria, no estaría exenta de un alto índice de utopía que, reflexiona B. de Sousa Santos, significa la explotación de posibilidades innovadoras y voluntades humanas «por el camino de la oposición de la imaginación a la necesidad de lo que existe, sólo porque existe»⁴⁸.

En síntesis, los problemas actuales en la conformación socio-jurídica de los derechos fundamentales denotan que nos hallamos ante cuestiones de configuración jurídica y de aceptación social. Las tesis que deben tenerse en cuenta para mejorar la eficacia de las medidas tomadas por los poderes públicos son: la determinación de un orden de prioridades que adapte la escasez de los recursos a los problemas más graves; la optimización en la combinación de los fondos públicos y privados; la simplificación de los procedimientos; el reforzamiento de la subsidiariedad, aclarando las responsabilidades de cada parte, ampliando la participación, involucrando a los interlocutores sociales y manteniendo la flexibilidad para responder a las nuevas situaciones. Resumiéndose las modalidades enunciadas en: «a) Las intervenciones públicas para garantizar y proteger los derechos sociales (intervención legal); b) las intervenciones públicas para influir sobre la estructura de ingresos (intervención económica); c) las intervenciones públicas para la mejora del contexto material y social (intervención espacial); y d) las intervenciones públicas para la mejora directa de la competencia de los individuos (intervención educativo/asesora)⁴⁹.

Problemas jurídicos y políticos», en M. J. AÑÓN ROIG.; R. BERGALLI; M. CALVO; y P. CASANOVAS, (coords.), *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 19 y ss.

⁴⁷ PRIETO SANCHÍS, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998, pp. 69 y ss.

⁴⁸ P. BARCELONA, *Dallo Stato social allo Stato immaginario. Critica della «razione funzionalista»*, Bollati Boringhieri, Turín, 1994, p. 269; B. de SOUSA SANTOS, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, op. cit., p. 424. Ver también P. BARCELONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, op. cit.; B. de SOUSA SANTOS, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de C. Rodríguez, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Bogotá, 2002.

⁴⁹ Ver M. I. GARRIDO GÓMEZ, *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 129 y 130.

4. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA APERTURA Y DINAMISMO DE LOS SUBSISTEMAS QUE CONFORMAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU POSIBLE ARMONIZACIÓN

Dejamos apuntado páginas atrás que es importante hacer mención a que los Derechos positivos, en aras a la apertura y dinamismo del subsistema de los derechos fundamentales, han ido concretando y modificando progresivamente sus postulados y las líneas de su protección. Sin embargo, observamos que, fuera de los titulares individuales abstractos, los derechos también pueden tener como titulares grupos que revisten especial fragilidad en la sociedad por diferentes razones. Con lo que surgen normas específicas que atienden a ciertas notas comunes de algunas personas, entre las cuales se respira solidaridad en virtud de los aspectos que comparten, lo que hace que tiendan a unos objetivos y que tengan unas metas también compartidas. El grupo tiene una entidad propia e interdependiente entre sus miembros⁵⁰. Sus derechos son calificables en los de los grupos desfavorecidos que precisan derechos especiales de representación con alcance temporal; los de los grupos de inmigrantes y grupos religiosos que requieren derechos multiculturales permanentes; y los de las minorías nacionales que pretenden derechos de autogobierno de forma estable⁵¹.

Contemporáneamente, hay una serie de nuevas aspiraciones de la ciudadanía para ampliar el campo de participación y hacer que ésta sea más real y efectiva, pudiendo desenvolver de forma más directa sus facultades y derechos fundamentales. Ello se debe a que se ha producido una progresiva disociación entre decisión y responsabilidad, entre poder y organización democrática y entre democracia y realidad, surgiendo en muchos casos una ficción en lo que respecta a que el pueblo es el último detentador del poder y a que la participación política es el gobierno del pueblo⁵². Por otro lado, percibimos que si lo público lo entendemos como lo que concierne a los intereses de todos y lo privado se corresponde con lo que incumbe a la decisión personal, en la sociedad moderna hay una permeabilidad entre ambas esferas, produciéndose la posibilidad de que un acto pueda considerarse ambivalentemente. Esta idea trasladada a los derechos fundamentales significa que han de interpretarse conjuntamente, a causa de que no cabe comprender los derechos individuales de forma absolutamente desgajada e independiente de los sociales o de los de solidaridad. Por consiguiente, la separación a efectos pedagógicos es dable exclusivamente a la hora de exponer las particularidades de cada generación, pero nada más. Y, a nuestro juicio, es la noción de necesidades básicas la que lleva a cabo las distintas conexiones y la que nos aporta altas cotas de objetividad y generalización, sin caer en la inmutabilidad ni en la inflexibilidad⁵³.

⁵⁰ O. M. FISS, «Grupos y la Cláusula de la Igual Protección», en R. GARGARELLA (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de R. Gargarella, en colaboración con G. Maurini y P. Bergallo, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 138 y 139.

⁵¹ W. KYMLICKA y W. NORMAN, «Return of the Citizen: A Survey of Recent Work of Citizenship Theory», *Ethics*, 104, 1994, pp. 352 y ss.; J. RUBIO CARRACEDO, «Ciudadanía compleja y democracia», en J. RUBIO CARRACEDO; J. M., ROSALES; y M. TOSCANO MÉNDEZ, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000, p. 23.

⁵² J. J. MORA MOLINA, «Introducción», en B. BARBER, *Democracia fuerte*, trad. de J. J. Mora y B. Malmielca, comentado, adaptado y revisado por J. J. Mora, Almuzara, Córdoba, 2004, p. 21.

⁵³ M. J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, op. cit., pp. 265 Y 266; F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1994, pp. 52 y ss.

Los subsistemas jurídicos que conforman los derechos fundamentales son expresión de la cultura vigente. Hablamos de una «cultura occidental», la cual implica enraizar un Derecho que regula los derechos fundamentales en los valores esenciales de una sociedad. O hablamos de una «cultura europea», que gira en torno a la idea de equilibrio social, económico, político y, por supuesto, jurídico. Si analizamos la relación entre el Derecho europeo y el de los Estados miembros en términos de sistemas, es constatable, sugiere Arnaud, una «polisistemia simultánea», o coexistencia dentro de un mismo espacio y tiempo de los sistemas en vigor. La propuesta sería crear un Derecho que encierre una razón jurídica nueva, producto de las razones de los Derechos de los Estados miembros dentro de una voluntad de coalición cultural⁵⁴. El punto central en esta labor es la exploración de los razonamientos o argumentaciones en el proceso del establecimiento, interpretación, aplicación y explicación de los derechos fundamentales en el Derecho positivo.

Esto se justifica porque la estructura de lo jurídico se presenta como lógicamente analizable. Como suscribe Bobbio⁵⁵, uno de los motivos que insistentemente han aproximado la lógica y el Derecho ha sido la convicción de que el Ordenamiento jurídico nutre, preferentemente, de juicios analíticos a juicios de hecho y de valor. Sin embargo, hay que subrayar que al ritmo que la lógica clásica se estatuye en Ciencia de las leyes del pensamiento y en estudio de naturaleza filosófica, encaminado a mostrar las condiciones de validez de la actividad racional y de los productos objetivados de la misma, del conocimiento científico-filosófico y de su verdad ontológica; se abre camino el apego por las leyes y condiciones que garantizan el enlace sistemático de sus resultados. Y hay que insistir en que la lógica sirve para indicar el conjunto de las reglas del pensamiento y de su forma de actuar, así como para la investigación de éstas⁵⁶. En consecuencia, nos tenemos que preguntar qué función desempeñan los juristas en las sociedades y si hay algo en común entre los sistemas jurídicos que corresponden a formaciones histórico-sociales distintas. Para contestar, es necesario incidir en si la inteligibilidad de un sistema se une al descubrimiento de su racionalidad y en si las razones jurídicas de las que se asiste son capaces de coexistir, confluyendo ambas contestaciones en la dinámica de la producción normativa.

⁵⁴ A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Presses Universitaires de France, París, 1991, pp. 27 y ss., 229 y ss., 248 y 249; A.-J. ARNAUD y M. J. FARIÑAS DULCE, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 279 y ss.; M. DELMAS-MARTY, *Raissonner la raison d'État vers une Europe des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 1989.

⁵⁵ N. BOBBIO, «Diritto e logica», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXIX/I, 1962, pp. 9 y ss., y la traducción castellana «Derecho y lógica», trad. de A. Rossi, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965.

⁵⁶ Ver J. M., BOCHENSKI, *Historia de la lógica formal*, trad. de M. Bravo Lozano, Gredos, Madrid, 1985.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- AÑÓN ROIG, M. J., «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en J. BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- ARNAUD, A.-J., *Pour une pensée juridique européenne*, Presses Universitaires de France, París, 1991.
- ARNAUD, A.-J. y FARIÑAS DULCE, M. J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2003.
- BARCELLONA, P., *Dallo Stato social allo Stato immaginario. Critica della «razione funzionalista»*, Bollatti Boringhieri, Turín, 1994.
- *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. de J. R. Capella, J. A. Estévez y H. Silveira, Trotta, Madrid, 1999.
- BOBBIO, N., «Diritto e logica», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXIX/I, 1962 (hay traducción castellana de A. Rossi: «Derecho y lógica», Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965).
- «La función promocional del Derecho», en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, recopilación y trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.
- *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- «Teoría del ordenamiento jurídico», en N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña, Debate, Madrid, 1995.
- *Igualdad y libertad*, introducción de G. Peces-Barba, trad. de P. Aragón Rincón, Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- BOCHENSKI, J. M., *Historia de la lógica formal*, trad. de M. Bravo Lozano, Gredos, Madrid, 1985.
- CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1978.
- CARACCIOLO, R. A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*, Fontamara, México D. F., 1999.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1994.
- DAHRENDORF, R., *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, trad. de F. Ortiz, Mondadori, Madrid, 1993.
- DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de Droit contemporains*, Dalloz, París, 2002.
- DELMAS-MARTY, M., *Raissonner la raison d'État vers une Europe des droits de*

- l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 1989.
- DÍAZ GARCÍA, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1993.
 - FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000.
 - FASSÒ, G. *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 2, trad. de F. J. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 1982.
 - FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.
 - «Estado, sociedad civil y democracia», en VARIOS AUTORES, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1996.
 - FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2005.
 - FISS, O. M., «Grupos y la Cláusula de la Igual Protección», en R. GARGARELLA (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de R. Gargarella, en colaboración con G. Maurini y P. Bergallo, Gedisa, Barcelona, 1999.
 - GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la Norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
 - GARCÍA SAN MIGUEL, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995.
 - GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000.
 - HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2005.
 - HARRIS, D., *La cuadratura del círculo: bienestar económico, cohesión social y libertad política*, trad. de I. Rosas Alvarado, revisado por M. Aranda Marqués, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
 - HECK, B. Prólogo al trabajo de K. DOEHRING, «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático», en W. ABENDROTH; E. FORSTHOFF; y K. DOEHRING, *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
 - KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Porrúa, México, 2002.
 - KERCHOVE, M. van de y OST, F., *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de I. Hoyo Sierra, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.
 - KYMLICKA, W. y NORMAN, W., «Return of the Citizen: A Survey of Recent Work of Citizenship Theory», *Ethics*, 104, 1994.
 - ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989.
 - LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001.
 - LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho extranjero y europeo*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1993.
 - LUCAS MARTÍN, J. de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.
 - «La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos», en M. J. AÑÓN

- ROIG; R. BERGALLI; M. CALVO; y P. CASANOVAS (coords.), *Derecho y Sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- LUMIA, G., *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1993,
 - MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., «El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 2000.
 - MODUGNO, F., «Normativismo», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VIII, pp. 543 y ss.
 - MORA MOLINA, J. J., «Introducción», en B. BARBER, *Democracia fuerte*, trad. de J. J. Mora y B. Malmielca, comentado, adaptado y revisado por J. J. Mora, Almuzara, Córdoba, 2004.
 - MÜNCH, I. von, «La dignidad del hombre en el Derecho constitucional», trad. de J. de Nicolás, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, Mayo-Agosto de 1982.
 - NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C., *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México D. F., 2000.
 - OTTO y PARDO, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. de OTTO y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
 - PATTARO, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. I. Ara Pinilla, Debate, Madrid, 1986.
 - PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de L. Prieto Sanchís, *La Constitución española de 1978: un estudio de Derecho y política*, F. Torres, Valencia, 1984.
 - con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
 - «Los derechos económicos, sociales y culturales: Apunte para su formación histórica y su concepto», en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999.
 - PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ, E.; y ASÍS, R. de, con la colaboración de M. J. Fariñas, A. Llamas, J. Ansuátegui, J. P. Rodríguez y J. M. Saucá, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
 - PECZENIK, A., *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México D. F., 2003.
 - PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.
 - «El sistema de los derechos fundamentales», en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y M. A., RAMIRO AVILÉS (coords.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 2004.
 - PICONTO NOVALES, T., *En las fronteras del Derecho. Estudios y reflexiones generales*, Dikynson, Madrid, 2000.
 - PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
 - «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998.
 - *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
 - RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, trad. y notas

- de R. Tamayo Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985.
- REALE, M., *Introducción al Derecho*, trad. de J. Brufau, Pirámide, Madrid, 1989.
 - RECASÉNS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1991.
 - ROSANVALLON, P., *La crisis del Estado providencia*, trad. de A. Estruch Manjón, Civitas, Madrid, 1995.
 - RUBIO CARRACEDO, J., «Ciudadanía compleja y democracia», en J. RUBIO CARRACEDO; J. M. ROSALES; y M. TOSCANO MÉNDEZ, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000.
 - RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., «Derechos fundamentales de la persona (comentario al art. 10 de la Constitución)», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. I, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
 - SEGURA ORTEGA, M., «El problema de las lagunas en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989.
 - SOUSA SANTOS, B. de, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad*, trad. de C. Bernal y M. García Villegas, Siglo del Hombre-Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes-Ediciones Uniandes, Santafé de Bogotá, 1998.
 - *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de C. Rodríguez, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Bogotá, 2002.
 - *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, trad. de A. Barreto, G. Salazar, A. E. Ceceña, J. Herrera Flores, F. Cammaert, D. Palacio y J. Erasó, Trotta, Madrid, 2005.
 - SQUELLA NARDUCCI, A., *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, Fontamara, México D.F., 1998.
 - TUORI, K., *Positivismo crítico y Derecho moderno*, trad. castellana, Fontamara, México D. F., 1998.
 - VARIOS AUTORES, «Le problème des lacunes en Droit», en *Études publiées par Ch. Perelman*, Bruylant, Bruselas, 1968.
 - VIDAL GIL, E. J., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.