
DE LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez*

I. INTRODUCCIÓN

Los análisis del Derecho en la cultura jurídica moderna han sido contruidos fundamentalmente desde un punto de vista estructural. Kelsen es el ejemplo más claro de esta posición. Pero no se puede establecer esta tesis en lo que respecta a las investigaciones sobre los derechos humanos. Quizá debido al origen pactista de las doctrinas de los derechos humanos, sobre todo en la escuela del Derecho natural racionalista, los enfoques más frecuentes han estudiado los derechos humanos en sus fines y, por lo tanto, en sus funciones, si, al menos «prima facie», se identifican fines y funciones.

Evitando todos los problemas teóricos que plantea el concepto de función utilizado en las matemáticas, en la lógica o en la lingüística o en otras ciencias, hay que limitarse al significado utilizado en los estudios jurídicos de teoría y de sociología del Derecho, como el conjunto de tareas que desempeñan los derechos fundamentales en la sociedad, y también dentro del sistema jurídico. Si el análisis estructural nos permite saber qué son y cómo son los derechos, el análisis funcional nos permite saber para qué sirven¹. Las aclaraciones que se

* Sesión del día 11 de febrero de 1997.

¹ Ver la voz «Fonctions du Droit» en el *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, publicado bajo la dirección de André-Jean Arnaud, y redactada por Vincenzo Ferrari, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence y Story Scien-

podrían desprender de este punto de vista podrían ser unos instrumentos útiles para comprender, en su caso, el significado común de los derechos fundamentales enunciados y protegidos por los distintos Estados.

Las funciones de los derechos fundamentales son exteriores al sistema jurídico o interiores a este. Ello supone que podemos estudiarlos desde el punto de vista externo o interno, en relación con la sociedad humana o con los otros sectores del Derecho que forman el Ordenamiento jurídico. En el primer caso, reflexionamos sobre la acción de los derechos fundamentales como parte del Derecho, sobre la organización de la vida social y sobre el lugar que la persona ocupa en la sociedad. En el segundo, los consideramos como un subsistema dentro del sistema jurídico, y estudiamos para qué sirven, cuál es su cometido dentro del conjunto de reglas y de instituciones que forman el Derecho.

Para terminar esta introducción general, hay que decir que en estos enfoques nos situamos dentro de la moralidad pública (tradicionalmente llamada, después de Aristóteles, justicia), que razona sobre el conjunto de fines y de objetivos que el Derecho debe realizar para acercar una sociedad a la idea de justicia. Para cumplir estos objetivos, hay que tener en cuenta toda la tradición moral, jurídica y política que constituye el patrimonio de la cultura europea moderna, a partir del Renacimiento, con los grandes valores de la libertad, la igualdad, la solidaridad o la fraternidad, y de la seguridad, construidas sobre la idea inicial de la dignidad humana en una sociedad en la que el hombre es el centro del mundo —antropocentrismo— y está centrado sobre el mundo —secularización—. Sin duda, las ideas que de ahí se derivan no se explican en el contexto de una cultura política y jurídica distinta, sino en el marco de una cultura organizada en un Estado liberal, social y democrático de Derecho. No son ideas originales, pero tratan de interpretar y de prolongar una simiente producida por la contribución de una inmensa pluralidad de aportaciones de la razón humana en la historia.

II. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD

La función principal de los derechos fundamentales en la sociedad moderna es orientar la organización de la sociedad, y principalmente del Derecho,

tia, París. Bruselas, 1988, pp. 161 a 163. Vid. también Norberto Bobbio, *Della Struttura alla funzione*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977.

como sistema de organización social, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los contenidos que identifican esta dignidad. A partir del mundo clásico, pero sobre todo después del Renacimiento, en los trabajos de Pico de la Mirándola, Angelo Poliziano, Pietro Pomponazzi, Luis Vives, Giordano Bruno y otros que les siguieron, los elementos de esta dignidad son la capacidad de elección, de razonar y de construir conceptos generales, de comunicar y de dialogar, y por fin de decidir sobre sus fines últimos, sobre su moralidad y sobre su idea de salvación. Los derechos fundamentales contribuyen, por tanto, a que cada persona pueda realizar plenamente estos signos de su condición humana.

La importancia de esta función reside en su idoneidad para identificar el concepto «derechos humanos» y para recoger todas las dimensiones de su contenido. La moralidad pública que denominamos «derechos humanos» actúa en la perspectiva ética como una pretensión moral y, si se incorpora al Derecho positivo, como un derecho fundamental. Por lo tanto, se puede hablar de la función de los derechos humanos como moralidad, y de su función como derechos. En el primer caso, tienen una labor crítica respecto al Derecho positivo que no los reconoce, y tratan de positivizarse, de transformarse, en Derecho positivo de los derechos fundamentales. En el segundo caso, son una norma jurídica.

En la tradición liberal, los derechos se han identificado más bien desde un punto de vista estructural y no tanto funcional, lo cual no ha permitido incorporar al concepto de derechos fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, se ha considerado la forma de los derechos individuales, civiles y políticos² como el criterio para identificar los derechos co-

² Los derechos individuales y civiles son la primera generación histórica, resultante de las revoluciones liberales, inglesa, americana y francesa. Dentro de esta generación se reconoció el principio de soberanía de la nación —del pueblo, diría yo— pero no los derechos políticos. La lucha por el sufragio universal y por el reconocimiento del derecho de asociación, condición para que los asalariados se incorporaran a la participación política, ocupó en gran parte el siglo xix, y la mayor parte del tiempo contra los sectores liberales partidarios de los derechos individuales y civiles, que se oponían a la generalización de los derechos políticos. La propia idea de Constant de los derechos de los antiguos y de los derechos de los modernos es un signo de esta gran batalla histórica. Finalmente, el esfuerzo intelectual de los sectores liberales progresistas y socialistas, y la lucha de los trabajadores, logró progresivamente esta generalización de los derechos políticos. El hecho de que hoy, a finales del siglo xx, se consideren al mismo nivel los derechos individuales, civiles y políticos, no permite clasificarlos dentro de la misma generación. Como se trata de un criterio de clasificación histórico, es evidente que, desde ese punto de vista, pertenecen a dos generaciones distintas.

mo tales. Los puntos de referencia han sido fundamentalmente dos: la idea de universalidad, en el punto de partida, de los titulares de los derechos y la relación de igualdad como identidad de las condiciones. En efecto, para los derechos individuales, civiles y políticos, las diferencias de raza, religión, ideología, sexo, y cualquier otra condición social, no son tenidas en cuenta para establecer un trato desigual. En este sentido, todos son titulares «ab initio» de los derechos. Se trata de la idea de universalidad y del principio de no-discriminación. Los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda o a la seguridad social, se concibieron en su origen para satisfacer necesidades fundamentales de aquellas personas que no podían resolverlas por sí mismas. Las diferencias son, pues, necesarias para establecer esos derechos. La condición de su existencia es precisamente una situación de necesidad, que no es generalizable ni igual en todos los ciudadanos. Los criterios de universalidad «ab initio» y de igualdad como identidad de las condiciones son en este caso imposibles, y se sustituyen por la búsqueda de la igualdad a partir de la diferencia, y por la universalidad como fin y no como punto de partida. El gran debate sobre el Estado social, a causa del rechazo de los sectores conservadores del liberalismo (que defienden el Estado reducido) al apoyo de los poderes públicos para satisfacer las necesidades, pasa obligatoriamente por cuestionar los derechos económicos, sociales y culturales y la función promocional del Derecho.

Si, al contrario, el criterio para establecer el concepto y el contenido de los derechos humanos es el que señalamos al reflexionar sobre su función en la sociedad, los derechos económicos, sociales y culturales son derechos fundamentales en el sentido pleno del término, pues pretenden establecer unas condiciones mínimas de homogeneidad para situar a todas las personas en una condición suficiente que les permita gozar de los demás derechos. No debemos olvidar las enseñanzas que aporta una visión histórica de conjunto. La lucha por los derechos políticos y por los derechos económicos, sociales y culturales fue llevada por los mismos sectores sociales e intelectuales, y sus adversarios defendieron la exclusividad de los derechos individuales y civiles. Una explicación de las causas de la aparición de los fascismos en los años veinte y treinta, con defensores prestigiosos de esta explicación como Hermann Heller, Harold Laski o Fernando de los Ríos en España, los presenta en parte como una defensa de la burguesía frente a esta ola de homogeneidad social impulsada por sectores intelectuales y por los partidos obreros. En todo caso, al menos en determinados países, los puntos de vista liberales fueron abandonados por un sector de sus defensores habituales, a causa de este auge de los derechos económicos, sociales y culturales.

Defender que la función de los derechos humanos consiste en establecer una organización social que pueda ayudar a todas las personas a alcanzar

el nivel más alto posible de humanización en cada momento histórico, abre el concepto de derechos humanos y permite una visión amplia. Cada grupo de derechos aborda esta tarea en función de sus posibilidades. El punto de partida de los derechos económicos, sociales y culturales es la desigual distribución de la riqueza y de la propiedad que impide a un gran número de personas satisfacer por sí mismas sus necesidades, y esta situación puede impedirles también alcanzar el nivel mínimo de humanidad, para gozar de los demás derechos. La libertad y la igualdad serían puramente formales, si un gran número de personas no pudiera decidir libremente y no pudiera escoger su moralidad privada. Según esta función, los derechos no sirven sólo para protegerse de los maleficios del poder, sino también para obtener beneficios de él.

Se debe señalar igualmente que esta función supone una idea de los derechos fundamentales capaz de influir en la organización de la vida social en el sentido indicado, lo cual demuestra la actualidad del análisis de autores de la escuela racionalista protestante, como Pufendorf, que subrayaban la idea de eficacia, es decir, la necesidad de superar el enfoque moralista para llegar al enfoque jurídico. La moralidad de los derechos determina el fin, señala la dirección, sirve de guía de lo que se debe hacer, pero sólo la positivación de los derechos permite alcanzar efectivamente los objetivos de modificación de la realidad. Para esta función resulta, por tanto, insuficiente hablar de derechos morales, *moral rights*, y hay que hablar de derechos jurídicos, *legal rights*, aunque esta perspectiva sea lingüísticamente complicada en idiomas como el francés, el español o el italiano, ya que se utiliza la misma palabra para designar los aspectos subjetivo y objetivo del Derecho. En un trabajo reciente sobre la paz perpetua, en el bicentenario de la pequeña obra de Kant, Habermas coincidirá con este punto de vista, y señalará que la justificación moral de los derechos es una cosa y otra diferente su concepto, que tiene una ineludible dimensión jurídica. Así, dirá que la fundamentación moral de los derechos, como justificación de los mismos, no los priva «...de su cualidad jurídica y no los transforma en normas morales. Las normas jurídicas, entendidas en el sentido moderno del Derecho positivo, conservan su forma jurídica sea cual sea el tipo de razones que permita fundar su pretensión de legitimidad. En efecto, deben su carácter a su estructura y no a su contenido...»³.

Este problema, que nos limitamos a enunciar, evoca un tema que es hoy central, y que es el de los bienes económicos insuficientes, es decir, el pro-

³ Vid Kants *Idee des Ewigen Friedens aus dem historischen Abstand von 200 Jahren*. Suhrkamp Verlag. Franckfurt 1996. Edición francesa consultada «La paix perpétuelle...» Editions du Cerf. París 1996.

blema de la limitación de los medios para llevar a cabo las tareas que derivan del ejercicio de determinados derechos, sobre todo en el grupo de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, resultan especialmente apropiadas las reflexiones de David Hume en la sección sobre la Justicia en su *Encuesta sobre la Moral*. El punto de vista funcional demuestra cómo no basta tener una pretensión moral justificada, ni que esta sea susceptible de incorporarse desde el punto de vista teórico a un derecho subjetivo, a una libertad, a una potestad jurídica o a una inmunidad, que son las formas que pueden adoptar los derechos humanos en el Derecho positivo, sino que también es necesario que sea posible la eficacia social.

Cuando la jurisprudencia o la doctrina se acercan a esta idea del contenido esencial de los derechos, presente en los sistemas constitucionales alemanes y españoles, y trata de establecer su significado, lo identifican con su estructura, con la idea de naturaleza jurídica, pero también con esa función en la sociedad cuando hacen referencia a los intereses jurídicamente protegidos (en nuestro caso, el desarrollo de la propia condición humana).

III. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS EN EL SISTEMA JURÍDICO

Los derechos fundamentales desempeñan dos funciones dentro del sistema jurídico: por una parte, desde el punto de vista objetivo, son un subsistema, y forman, junto con los valores y los principios, la regla fundamental material para identificar las demás reglas del Ordenamiento jurídico. En esta primera función, los principios de organización y de interpretación y los derechos fundamentales tienen la misma finalidad. Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, los derechos fundamentales traducen, en reglas de Derecho, pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos, bajo la forma de derechos subjetivos, de libertades, de potestades jurídicas y de inmunidades. La sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1981 de 8 de abril, en su fundamento jurídico n.º 5, coincide con esta idea, al hablar del doble carácter de los derechos fundamentales: «En primer lugar (...) son derechos subjetivos, derechos de los individuos. Al mismo tiempo son elementos esenciales del orden jurídico objetivo de la comunidad nacional, cuando esta se configura como el marco de una forma de vida en común humana, justa y pacífica».

En cierto sentido, estas dos funciones corresponden, desde la teoría de la justicia, con todos los matices que hay que hacer en estos casos, y en la perspectiva de la cultura jurídica europea del final del siglo XX, a las representadas por el Derecho natural clásico, y por el Derecho natural moderno racionalista y protestante. Si nos situamos en el punto de vista de la historia de los derechos humanos, la función primera es la función subjetiva, como derechos naturales. Con la aparición y el desarrollo del movimiento constitucional, se añadirá una función objetiva de los derechos humanos como constitución material, producida por el legislador extraordinario «*ratione materiae*», en la terminología de Carl Schmitt. En esta perspectiva, la dimensión objetiva de los derechos humanos, como subsistema dentro del sistema jurídico, supera la dicotomía «regla/sistema», añadiendo como «*tertium genus*» este subsistema que lo acerca a la idea de institución de Santi Romano, de Hauriou, de Delos y de otros. Ambas dimensiones son necesarias y se apoyan mutuamente. Se trata de un fenómeno de interpenetración, en la terminología de Renard.

A) Función objetiva: los derechos fundamentales como Constitución material

Bajo esta perspectiva, los derechos forman parte de la norma fundamental de todo sistema jurídico para identificar las normas que pertenecen al Ordenamiento jurídico. En el enfoque estructural del positivismo clásico, en Kelsen, por ejemplo, la validez de estas reglas se identificaba únicamente a través de criterios formales⁴. Se trataba de la respuesta a dos preguntas: «¿quién manda?» (órgano competente de producción de las reglas), «¿cómo se manda?» (procedimiento establecido para la producción de cada tipo de reglas, constitución, ley, reglamento, sentencia judicial, etc). Con el constitucionalismo y el proceso de positivación, los derechos humanos permiten responder a la pregunta «¿qué se manda?», señalando los contornos necesarios de las normas, los límites de las normas jerárquicamente inferiores para poder considerarlas válidas y pertenecientes al sistema. Junto con la norma formal, órgano competente y procedimiento preestablecido, aquellos constituyen con los principios y los valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución española de 1978, la norma material fundamental del sistema que permite establecer el contenido posible y los límites de todas las demás reglas. Representan la decisión constitucional básica que permite producir, aplicar e interpretar las normas, según ese sistema axiológico que establece unas orientaciones y que sirve de guía para el legislador, el ejecutivo y el juez.

⁴ Vid. la reciente obra de Juan A. García Amado «Kelsen y la norma fundamental». Marcial Pons. Madrid 1996.

En la tradición constitucional europea, esta función aparece de una forma más explícita en la propia Constitución (es el caso del artículo 1.1 de la Constitución española) o será construida por la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales (en el caso alemán, por ejemplo). Una futura Constitución europea debería, en cualquier caso, incorporar una Declaración de derechos que, junto con los principios y los valores superiores del sistema jurídico, cumpliera esta función.

Las consecuencias de estas afirmaciones son las siguientes:

1) La competencia para interpretar y desarrollar esos derechos y esos principios corresponde al legislador, en el marco de la Constitución, con la garantía de los Tribunales constitucionales. Puesto que la mayoría de las veces se trata de modelos abiertos, abstractos y formados por conceptos jurídicos indeterminados, la determinación exige reglas complementarias que los prolonguen. Como la competencia para su producción corresponde al soberano, y muy a menudo al poder constituyente, las decisiones centrales de interpretación corresponden al legislativo. Es necesario señalar firmemente este criterio, pues vivimos, en la cultura jurídica, una época de judicialismo. Dentro de esta dimensión objetiva, los derechos actúan como guía y límite para el poder jurídico del Parlamento, en esa zona de claridad reservada a la relación Constitución-Legislación. Establecer una relación directa entre la Constitución y el juez, aunque se trate del juez constitucional, como lo hace, por ejemplo, Ronald Dworkin, sin esta precisión sobre la competencia del Parlamento, ofrece a los jueces unas ventajas que no son propias de nuestra cultura jurídica.

2) La preeminencia de los jueces se produce en los casos de penumbra y de oscuridad, ante las lagunas, en defecto de reglas, en caso de antinomia o de contradicción entre dos reglas, o cuando el legislador va más allá de los límites de la libre decisión que supone siempre la zona de libre acción del Parlamento. Aquí ya no estamos ante una opción de carácter político entre varias opciones posibles dentro del marco de la Constitución, sino ante un razonamiento jurídico que, en último caso, corresponde al Tribunal constitucional. En esta operación, el Tribunal debe determinar claramente los límites de su acción, sin introducirse en el espacio de interpretación política que corresponde al legislativo.

3) En su dimensión más general de provisión de criterios interpretativos, los derechos fundamentales son utilizados por todos los operadores jurídicos que aplican el Derecho. Son la guía de toda creación normativa y el límite de esta.

Finalmente, hay que señalar que la tradición europea de la modernidad supone la tolerancia, el pluralismo y la neutralidad del Estado y, por lo tanto, que esta moralidad objetiva no presenta contenidos normativos obligatorios que supongan una intención de sustituir la iniciativa personal para alcanzar la libre elección de la moralidad individual. Ninguna concepción del bien y de la salvación, de una Iglesia o de una escuela filosófica puede pretender, en nuestro contexto cultural, obtener ventajas para constituirse en el núcleo de la razón pública. La moralidad pública no puede pretender invadir la moralidad privada de un individuo, lo cual es una práctica de los Estados totalitarios (toda la salvación depende del Estado), pero la moralidad privada de una iglesia o de una concepción científica o filosófica tampoco puede convertirse en el núcleo de la moralidad pública, ni tratar a todos los ciudadanos como creyentes. En el equilibrio entre la moralidad pública, incorporada al Derecho, como principios y derechos, y la moralidad privada que supone una concepción del bien y de la salvación, reside la diferencia entre las sociedades democráticas y las sociedades cerradas, totalitarias o confesionales. Sólo cuando la moralidad pública, bajo la forma de regla jurídica, establece una obligación general, que podría afectar a la moralidad privada, a la conciencia del individuo, se autoriza en las sociedades democráticas avanzadas la objeción de conciencia, que es un derecho fundamental ligado a la libertad ideológica o de conciencia. Es un límite a la obediencia al Derecho, establecido por una regla de derecho, que protege la conciencia, pero que no es consecuencia de la decisión de la conciencia sino del legislador constituyente, ordinario, o del Tribunal constitucional. Abandonar la decisión a la conciencia podría suponer un regreso al estado de naturaleza donde se produciría lo que denuncia Montesquieu: nadie sería libre si la decisión sobre la obediencia se dejara a la libre opción del sujeto.

B) La función subjetiva: los derechos fundamentales como derechos subjetivos, como potestades jurídicas y como inmunidades

Esta es la función a través de la cual se conocen propiamente los derechos humanos que, históricamente, se concibieron como derechos naturales y, más tarde, como pretensiones morales jurídicamente reconocidas. Normalmente, esta función se ejerce a partir de tres dimensiones que constituyen su función de protección de la persona, de participación y de promoción. Excepcionalmente, en casos extremos, cuando una regla de Derecho impide la libre elección de la moralidad privada, encontramos una cuarta función de los derechos como disenso frente al «consenso» mayoritario, para garantizar la conciencia individual frente al cumplimiento de obligaciones impuestas por la mayoría. Las tres pri-

meras dimensiones de esta función subjetiva van en el sentido del consenso mayoritario para hacer posible la autonomía y la independencia moral, mientras que la cuarta se enfrenta a ese consenso, con la misma finalidad.

Los grandes valores y los principios que, como raíz moral, están detrás de la función subjetiva, son la libertad, la igualdad, la fraternidad o la solidaridad y la seguridad. Uno de los grandes debates actuales y, sin duda también futuros, es probablemente el de la integridad de ese depósito de moralidad y del desarrollo unitario y conjunto de todas esas dimensiones. La defensa en Europa de este punto de vista, en el que me sitúo, supone la reivindicación del Estado social. Los argumentos para excluir la función de promoción es la última etapa de la lucha por un Estado reducido, que no se ocupe de las necesidades individuales y de su satisfacción. Si se considera la función de los derechos humanos en el conjunto de la sociedad, estas funciones subjetivas son necesarias para la concreción de una forma de organización social, que haga posible el libre desarrollo de la condición humana. La función de protección establece espacios exentos en los que los titulares pueden actuar libremente y sin interferencias para ejercitar la libertad de elección. La función de participación nace de los instrumentos como el sufragio universal, para hacer posible la intervención individual en la formación de la voluntad pública y en el funcionamiento de los servicios públicos. Esta función representa el «*status activae civitatis*» en la célebre fórmula de Jellinek, y significa que el poder político, en una democracia, no es ajeno ni externo —heteronomía— a los ciudadanos, sino que se compone fundamentalmente de la voluntad de estos —autonomía—. Así, el poder político que acepta esta moralidad de los derechos humanos, que acepta convertirla en moralidad pública con la participación de los ciudadanos en los órganos de producción jurídica, en moralidad jurídica —derechos fundamentales—, no es un poder separado, sino sometido a las reglas morales, políticas y jurídicas nacidas con la intervención directa o indirecta de los ciudadanos que utilizan los derechos integrantes de esta función.

La función de promoción proviene de determinadas situaciones de la persona que impiden el desarrollo de su condición y que no pueden resolverse por el único esfuerzo de aquella. Esta incapacidad exige el apoyo de los poderes públicos, para suplir y sustituir la acción de los interesados. Los valores de igualdad y de solidaridad son el fundamento de esta postura, con una larga tradición en Europa, que considera que no sólo las condiciones de abstención y de participación, sino también las de promoción, forman parte del bien común de la sociedad política. Estos problemas de las necesidades, cuya satisfacción es necesaria para alcanzar la condición humana, no son problemas privados que cada cual deba resolver, sino que se sitúan dentro de la función sub-

jetiva de los derechos fundamentales, creando pretensiones jurídicas con obligaciones correlativas de los poderes públicos o de los particulares, en el marco de las posibilidades económicas y de los medios de los que se pueda disponer. Finalmente, la función de disenso protege a aquellos que divergen de los criterios de la mayoría, cuando las reglas jurídicas que se derivan de estos atentan gravemente contra su conciencia individual y hacen peligrar su moralidad privada. En la historia de los derechos humanos, esta situación es la última etapa de institucionalización de la resistencia frente al poder, iniciada por la aplicación de determinados derechos individuales como la libertad de pensamiento, de expresión y de conciencia.

Con la función de protección, los derechos tratan de impedir las conductas que invaden y que no son deseadas por los sujetos de los derechos; con las funciones de participación y de promoción, los derechos se interesan por los comportamientos socialmente deseables, haciéndolos necesarios, realizables y ventajosos. La función de disenso no se interesa por las conductas deseables, ni por las no deseadas, sino únicamente por aquellas que, apoyadas por la mayoría, puedan afectar a las opciones individuales impidiendo el desarrollo de la condición humana. Si consideramos estas funciones desde el punto de vista de las ideologías, la primera tiene un fundamento liberal; la segunda, democrático; la tercera, socialista y la última, de nuevo liberal. El matiz que distingue el fundamento liberal de la función de protección de la de disenso es que, en la primera, se protege la no interferencia para todos, a partir del consenso sobre la autonomía individual, sin tener en cuenta las conductas que se separan, mientras que en la función de disenso se defiende la no interferencia para una minoría, pues sólo se consideran aquellas conductas que se separan del consenso, cuando lo hacen invocando razones morales importantes, consideradas suficientes por el Derecho.

Si analizamos esta función subjetiva en su conjunto, en relación al poder, podemos decir que los derechos sirven para limitar el poder, para evitar sus maleficios; en segundo lugar, para contribuir a su formulación y, finalmente, para obtener el apoyo y los beneficios de sus prestaciones y de sus servicios. Si los consideramos en relación a la sociedad civil, sirven para defender a sus miembros del poder, de ellos mismos, para ser eficaces y superar el estado de naturaleza, para comunicar y establecer vínculos entre la sociedad civil y el poder, frente a las actitudes de un poder separado de la sociedad (publicación totalitaria de la vida) o de una sociedad civil que no considera el poder (privatización anarquista de la vida). En este sentido, representan uno de los signos de identidad de una sociedad democrática, frente a las posiciones totalitarias y anarquistas.

C) Los titulares y las formas de organización de los derechos en la función subjetiva

Para completar el análisis de la función subjetiva de los derechos, hay que ocuparse de los destinatarios de estos derechos, de los titulares que pueden ejercerlos, así como de la forma bajo la cual pueden ponerlos en práctica, como derechos subjetivos, como libertades, como potestades jurídicas y como inmunidades.

a) Los titulares de los derechos

En una primera aproximación, podemos hablar de los derechos del hombre abstracto y de los derechos del hombre concreto. Los primeros son los derechos clásicos, tal y como aparecieron en la historia como derechos del hombre y del ciudadano. Eran los derechos del «homo iuridicus». Constituían la única categoría de derechos hasta que, en el siglo xix y sobre todo en el xx, se empezó a considerar los derechos del hombre concreto, del hombre situado. Estos comprenden los derechos de determinados grupos de personas identificados por unas condiciones físicas, culturales y sociales. En este segundo grupo se pueden considerar los derechos de los presos, de los niños, de los ancianos, de los disminuidos físicos y psíquicos, de los consumidores, de los usuarios de los servicios públicos, etc. Estos derechos se atribuyen a estos grupos de personas porque se encuentran, por diferentes razones, en situación de inferioridad respecto al destinatario genérico «hombre o ciudadano» y necesitan una protección especial para alcanzar el nivel general. Las razones de esta diferencia pueden ser culturales (la mujer), de edad (como los niños y los ancianos), de condición física (como los disminuidos físicos) o de situación en la sociedad (como los consumidores, los usuarios de un servicio público o los presos). En esos casos, está justificado un trato especial que especifique las diferencias y organice una regulación ad hoc para esos casos.

Desde otra perspectiva, se pueden distinguir los derechos de los grupos y de las colectividades, los derechos individuales que también pueden ser de los grupos y de las colectividades y los derechos de los individuos, que no se pueden extender a los grupos y a las colectividades.

Entre los primeros, se puede señalar la libertad religiosa y de culto reconocida a las Iglesias, el derecho de los sindicatos a formar confederaciones, a fundar organizaciones sindicales internacionales y a afiliarse a ellas. En este grupo contemplamos las dimensiones corporativas, que son esenciales, si se comprende que en una sociedad democrática moderna es insostenible la idea de una relación sin intermediarios entre el individuo y el Estado, defendida por un indi-

vidualismo extremo (en este punto, J. J. Rousseau). La persona se realiza también en los grupos y es precisamente la importancia de estos en la sociedad democrática lo que indica la tarea central del pluralismo, que siempre se refiere a los grupos y no a las personas individuales.

Si contemplamos los derechos individuales que se pueden atribuir a los grupos, podemos señalar el derecho al honor, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, la libertad de residencia, la libertad de enseñanza o el derecho a la jurisdicción, entre otros.

Finalmente encontramos derechos que sólo se pueden atribuir a personas individuales, como la libertad de conciencia, el derecho al sufragio en las elecciones políticas, o el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales.

Dentro de esta reflexión hay que señalar que las analogías entre los derechos de la persona situada y los privilegios de la Edad Media son sólo aparentes. Mientras que los privilegios medievales tenían como función preservar y mantener las desigualdades existentes y proteger a determinados colectivos, favorecidos por un trato desigual, la función de los derechos de la persona situada es, al contrario, alcanzar una igualdad que no existe en el momento en que los derechos son atribuidos a sus titulares. Se trata de dos filosofías completamente opuestas. Podemos atribuir a esos derechos de la persona concreta las categorías de generalidad y de abstracción propias de los derechos modernos, pues todas las personas que se encuentran en esa situación son titulares del derecho correspondiente. Respecto a la universalidad que se predica como característica de los derechos clásicos, también se puede defender para estos derechos de la persona concreta y situada. En este caso, aparece como una universalidad para el futuro, como una verdad prematura y, en ese sentido, se habla de una universalidad como fin, situada en el punto de llegada. Nos encontramos ante la diferencia entre la universalidad como dato previo y la universalidad como objetivo.

b) Las formas de organización de los derechos en la función subjetiva

Hemos señalado en varias ocasiones a lo largo de esta comunicación que los derechos se presentan como derechos subjetivos, libertades, potestades jurídicas e inmunidades.

Un derecho fundamental es un derecho subjetivo cuando, frente al titular del derecho —sujeto activo—, aparece un sujeto identificado, con una obli-

gación jurídica consecuencia de ese derecho —sujeto pasivo—. Se dice que A es titular de un derecho subjetivo cuando puede exigir X de B, o cuando B tiene obligación X ante A. Los derechos situados en la función de promoción son siempre derechos subjetivos. También el derecho a asistencia letrada. En todos esos casos, el derecho tiene como correlativo un deber o una obligación.

Un derecho fundamental es una libertad si su titular A es libre frente a B de hacer o no hacer X. Ello equivale a decir que B no tiene un derecho subjetivo a que A haga o no haga X. Una libertad siempre tiene como correlativo un no derecho de la otra parte de la relación; no tenemos el derecho a que el otro se obligue a no interferir en nuestro núcleo de libertad, sino que nadie tiene derecho a interferirnos. En ese caso, la otra parte no es un titular concreto e identificable, sino genérico las libertades se sitúan en la función de protección. Las libertades son, por tanto, derechos fundamentales «erga omnes» y aquellos que no son titulares o, mejor dicho, aquellos que no necesitan ponerlo en acción, no tienen derecho a impedirlo.

Un derecho fundamental es una potestad jurídica cuando su titular A puede obligar y producir efectos jurídicos frente a B, a través del acto X. Esto se produce si B está sujeto a A, es decir, si la situación jurídica de B es afectada por el acto X de A. En ese caso, el correlativo es una «no inmunidad» o un vínculo jurídico o sujeción. Los ejemplos más típicos de un derecho fundamental como potestad jurídica son el derecho a la jurisdicción o el derecho a la participación política porque, en esos casos, los correlativos del poder jurídico, los jueces, o las otras partes en un proceso, o los poderes públicos en el caso del derecho a la participación, no pueden impedir los efectos de este ejercicio.

Un derecho fundamental es una inmunidad cuando su titular está exento, es libre, ante los efectos del acto X de B, es decir, cuando éste es incompetente para modificar a través de ese acto la situación jurídica del titular. Los derechos situados en la función de disenso, la objeción de conciencia, se realizan como inmunidades. El correlativo de la inmunidad es la incompetencia, es decir, la ausencia de poder jurídico para exigir una conducta o una abstención.

IV. CONCLUSIÓN

El punto de vista de las funciones, que nos permite saber para qué sirven los derechos fundamentales, bajo las perspectivas que acabamos de anali-

zar, ayuda a medir la homogeneidad del legado europeo, en materia constitucional, en esta dimensión dogmática, constituida por el contenido material de las Constituciones. Se trata de un esquema que se puede utilizar para el estudio comparado de las Constituciones y para extraer los elementos comunes que se pueden encontrar en ellas.

En ningún caso, puede el patrimonio constitucional europeo limitarse a ese nivel de comparación y los elementos comunes deben servir para el gran esfuerzo ético, político y jurídico de construir una parte dogmática (principios valores, y derechos fundamentales) de una futura Constitución europea.