

“DERECHOS”: UN TÉRMINO POLISÉMICO

GREGORIO ROBLES MORCHÓN

[BORRADOR]

RESUMEN.- En este artículo se pasa revista crítica a los diversos significados del término “derechos”, tanto desde la perspectiva semántica como ideológica y jurídica.

ABSTRACT.- The author of this article explains critically the diverse meanings of the linguistic term “rights” from the semantic, ideological and legal perspectives.

PALABRAS CLAVE.- derechos, derechos naturales, derechos del hombre, derechos humanos, derechos subjetivos, derechos fundamentales, derechos constitucionales, libertades públicas, derechos como instituciones jurídicas, derechos como principios jurídicos.

KEY WORDS.- rights, natural rights, rights of men, human rights, subjective rights, fundamental rights, constitutional rights, public liberties, rights as legal institutions, rights as legal principles.

Introducción.

“Polisémico”, dicho de un término lingüístico, significa que tiene pluralidad de sentidos o significados, los cuales dependen de los “co-textos” y de los “contextos” situacionales en los que *se usa* el término en cuestión. El contenido semántico del término es en principio variado en su uso, tanto vulgar como científico y filosófico. El método hermenéutico-analítico nos permite diferenciar entre los diversos *usos* del término, y de este modo solventar, al menos parcialmente, las confusiones que son habituales en el uso de palabras, de todas en general, pero especialmente de las “altisonantes”, es decir, de aquellas palabras que se pronuncian de ordinario con gran carga emocional e incluso solemne. El método mencionado recurre tanto al contenido semántico del término investigado, considerado en sí mismo con su significado genuino propio, como a sus significados

dependientes de los “co-textos” así como de los “contextos”. El significado *auténtico* es el sentido total obtenido a partir del “contenido esencial” del término al cual se le “añaden” los significados propios del “co-texto” y del “contexto” situacional.

Si se piensa en un término que aparece una o varias veces en un texto escrito u oral, la relevancia del “co-texto” radica en que el significado o significados posibles del término sólo son comprensibles en el marco del texto en el cual aparece inserto. Esto constituye una característica general respecto de cualquier tipo de término lingüístico y por tanto también respecto de un término que aparezca en textos jurídicos. Denominamos “co-texto” al texto que “rodea” al término. Hay un “co-texto” inmediato, que es *la frase* en que el término aparece; y unos “co-textos” más amplios, primero, por ejemplo, la constitución, la ley o el tratado internacional vigente en el derecho estatal (aquí, para simplificar algo, me refiero sólo al ordenamiento del Estado), y después al “co-texto global” del ordenamiento considerado en su conjunto, desde el cual se está planteando la cuestión del sentido de la palabra investigada. No es que todo el ordenamiento esté ínsito en el término, pero sí que el significado de este último adquiere su perfil a la luz de su inserción ordinamental.

Una cosa es el “co-texto” y otra diferente el “contexto”, tal como proponemos en la teoría comunicacional del derecho. Con este segundo concepto me refiero al marco ambital (del ámbito jurídico¹

¹ Sobre el concepto de *ámbito jurídico*, un concepto novedoso en la teoría del derecho y original de la teoría comunicacional, pueden verse los siguientes escritos: G. ROBLES, *Ordenamiento, sistema y ámbito jurídico*. Ed. Reus, Madrid 2024. G. ROBLES, *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho* (en adelante: *TD.FTCD*), tres volúmenes, ed. Civitas (2015, 2015, 2021), *passim*, especialmente vol. 1º cap. XIV. G. ROBLES, “El concepto de ámbito jurídico en la teoría comunicacional del derecho”, en *Nos ad justitiam esse natos*. Libro de Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su fundación (1911-2011). Vol. II. Coord.: J.L. Guzmán Dalbora. Edeval, Valparaíso (Chile) 2011; págs. 1241 ss. Antonio María LA PORTA, *La Comunicación como Método jurídico. Hermenéutica y Analítica en la Teoría comunicacional del Derecho*. Universidad de Córdoba, 2019. Tesis doctoral accesible en Internet. Cap. 4: “La biblioteca integradora del derecho: ordenamiento, sistema, ámbito jurídico” (págs. 385-474). Capítulo 5: “La teoría comunicacional del derecho como teoría de los ámbitos jurídicos. El ‘método comunicacional’ en la teoría y en la práctica del derecho” (págs. 475-655). Antonio María LA PORTA, “La mediación comunicacional en el ámbito jurídico: la teoría comunicacional del derecho como teoría de los ámbitos jurídicos”, en *La Teoría comunicacional del Derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. LH al Prof. G.R.* Coords: C. Hermida, D. Medina & María J. Roca. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020; cap. XIX, págs.. 395 ss. José J. ALBERT MÁRQUEZ, “Fundamentos lingüísticos de la teoría de la acción en la teoría comunicacional del derecho”, en *LH-G.R.* Cap. 1, esp. Págs.75 ss. Marta ALBERT MÁRQUEZ, “Notas sobre fenomenología jurídica y teoría comunicacional del derecho”, en *LH-G.R.* Cap. 2, esp. págs. 98 ss. Arturo CADENAS ITURRIOZBEITIA, “Principio de relatividad sistémica y racionalidad jurídica en la TCD”, en *LH-G.R.* Cap. 5, esp. págs. 143 ss. Encarnación FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, “La creación del derecho entre decisión e interpretación”, en *LH-*

correspondiente) así como también al marco social, político y económico que se relaciona más o menos directamente con el término que se indaga. Para la teoría comunicacional del derecho la realidad social, política y económica conforma un “texto”: el “texto social”, como podemos calificarlo para resumir la pluralidad de factores que subyacen a los textos jurídicos. En la medida en que estos últimos no pueden ser “pensados” sin considerarlos en conexión con la realidad social (esto es, con el “texto social”) de referencia, el método hermenéutico-analítico no puede prescindir de la mentada realidad.²

En este estudio no me voy a ocupar de algunos usos propios del lenguaje ordinario, cuando reclamar un derecho significa simplemente que una persona o grupo de personas desean que se les dé algo, nada más que porque lo desean, sin otro fundamento que justifique su reclamación como no sea el de su propia apetencia o interés subjetivo. Estos usos lingüísticos de los “derechos” son muy frecuentes en la vida política y social, pero también en otros muchos aspectos, ya que se extienden, por ejemplo, desde los modos habituales de expresión propios de los “separatistas” (“tenemos derecho a decidir” – los “no-separatistas” consecuentemente carecerían de dicho “derecho”) hasta el niño algo resabido que dice a su padre o a su madre: “tengo derecho a que me compres ropa de marca” (en la sociedad actual un rasgo de los infantes es que diferencian entre unas marcas y otras). No es que yo desdeñe ese uso común en el lenguaje de la vida ordinaria, ya que se trata de una manera de expresarse muy frecuente; pero al expresar en lo esencial un deseo meramente subjetivo no merece que nos detengamos en su consideración detenida.

No obstante, también es verdad que la invocación subjetiva de derechos puede reflejar el malestar social profundo, así como la reclamación de justicia ante las autoridades o ante un ideal que se estima por quien profiere la expresión como alcanzable y que en ocasiones, sin embargo, es inalcanzable. En la vida política es frecuente la invocación de la justicia bajo la fórmula de la invocación de los “derechos”. Ejemplos típicos en este

G.R. Cap. 12, esp. págs. 278 ss. Fernando GALINDO AYUDA, “Ordenamiento, sistema y ámbito jurídico: el vínculo (Las páginas web y la teoría comunicacional del del derecho como ejemplo)”, en Diego MEDINA (Dir.), *Ordenamiento y Sistema en el Derecho* (en adelante OyS). Tirant lo blanch. Valencia, 2018; págs. 51-65. Marta ALBERT MÁRQUEZ, “La distinción ordenamiento – sistema – ámbito en la docencia del derecho”, en OyS, págs. 143-163.

² Véase G. ROBLES, *TD.FTCD*, vol. 2. Félix Francisco SÁNCHEZ DÍAZ, “Caracteres de la dogmática jurídica o ciencia de los juristas, desde la perspectiva de la teoría comunicacional del derecho”, en OyS, págs. 199 ss., esp. págs. 205 ss.: “Los elementos del comentario de textos jurídicos: ‘texto’, ‘co-texto’ y ‘contexto’.

aspecto se pueden citar algunos: “derecho a un salario justo”, “derecho a la igualdad”, “derecho a la independencia”. Estas fórmulas expresivas y otras semejantes se caracterizan por su indeterminación y su ambigüedad expresivas, aunque quien las pronuncia puede tener una idea muy precisa.

La fórmula invocada “derecho a un salario justo” deja sin resolver la cuestión de qué sea exactamente, o incluso con cierta aproximación, un salario “justo”. ¿Se entiende por tal un salario igual para todos, o habrá que hacer diferencias entre unos individuos y otros? ¿Será necesario distinguir entre los individuos que se bastan a sí mismos y los grupos familiares que dependen de uno o dos progenitores, y en este último caso habrá que distinguir entre un supuesto y otro? ¿Será “justo” diferenciar entre la preparación técnica de los individuos de tal modo que se premie al que domina una profesión por encima de quienes no la dominan sino que son “aprendices” o, no siéndolo, no han llegado a una capacitación real plena? ¿Se medirá de distinta manera lo que se le debe dar en justicia al médico cirujano y al celador del hospital, los cuales trabajan en el mismo hospital y cumplen un horario similar? ¿Dentro del concepto de “salario justo” caben las discriminaciones positivas? Y así, de esta forma, se podría ir formulando muchas dudas razonables acerca del significado del “salario justo”. No puede escapársenos el hecho de que lo que cada individuo reclamante considere “justo” puede variar dependiendo de sus propias condiciones de vida, de las dimensiones y rasgos de su grupo familiar, de su profesión, de su carácter personal, y también por supuesto de la ideología que, consciente o inconscientemente, siga en su manera de ver las cosas.

Lo mismo o algo parecido sucede con la invocación del “derecho a la igualdad”. La Constitución española lo establece en su artículo 14, pero después han venido los “matices” legales y jurisprudenciales. No hace falta observar las manifestaciones en las calles reclamando “igualdad”, basta con leer dichas leyes y dicha jurisprudencia. En la Facultad de Derecho se aprende normalmente que lo que impone el mencionado artículo es la igualdad *ante la ley*, dando por supuesto que la ley va a tratar por igual a todos los iguales. Es lo que suele denominarse la “igualdad jurídica”. La cuestión, sin embargo, radica precisamente en la determinación de quiénes son iguales y quiénes desiguales, así como en la determinación de quiénes deciden quiénes son iguales y quiénes desiguales, y en qué sentido son una cosa u otra y por qué razones. La realidad del derecho positivo vigente nos invita a pensar en la verdad de aquel famoso dicho: “todos son iguales, pero

unos son más iguales que otros”. Basta, para convencerse de esto, con acudir a la jurisprudencia del TC. Según su doctrina, el principio jurídico de igualdad impone el tratamiento igual de casos *semejantes* e impide la discriminación o trato desigual *no fundado*.³ Queda por saber qué se entiende por casos “semejantes” y correlativamente por casos “disímiles”: la diferenciación depende del juicio de valor de los magistrados, que deberán decidir acerca de qué sea lo similar y qué lo disímil. Además, el tratamiento desigual se admite siempre que esté *fundado*. Se abre así de nuevo la puerta a la subjetividad de los magistrados, que deberán “fundar” o “fundamentar” dicho tratamiento desigual, para lo cual recurrirán probablemente a la famosa “ponderación”, la cual permite decidir lo que a uno le parezca mejor con los argumentos que estime pertinentes.

Y algo similar sucede con el llamado (mal llamado) “derecho a decidir”, y también con otras muchas expresiones.

En este escrito me propongo pasar breve revista, con perspectiva algo evolutiva, a los usos típicos en la ciencia de los juristas, tanto en la dogmática como en la teoría del derecho y en la filosofía jurídica. Esta mirada a la “historia” de los usos de la palabra “derechos” revela no sólo la pluralidad de sus significados posibles, sino también su diverso trasfondo ideológico, científico y filosófico. Podrá comprobarse en algún caso cómo exactamente el mismo término es usado con un significado muy diferente. Interesante es entonces plantearse por qué razón sucede esto. Nuestro propósito es exponer con toda claridad la evidencia de la polisemia del término “derechos”. No se trata de entrar en el laberinto de los significados por el mero placer de encontrar la salida, sino que el cometido último es hacer ver la necesidad de diferenciar en los “discursos” sobre los derechos los diversos usos lingüísticos, pues mal se pueden entender los interlocutores sin determinar previamente, o al menos en el trascurso del diálogo que mantengan, cómo hay que entender las palabras.

1. “Ius” en Roma.

En Roma el término “ius” tiene el sentido de “derecho objetivo”, esto es: norma, ordenamiento jurídico, derecho. Puede afirmarse que los romanos no usaban la expresión “tengo el derecho de” o “tengo el derecho a”, sino

³ STC 22/1981.

que decían en su lugar “tengo una *actio*”. Este modo de hablar implica su sentido práctico que ya alabaron algunos juristas, como Rudolf von Jhering. Por eso también el romanista Fritz Schultz comienza su libro *Derecho romano clásico* con esta afirmación: el derecho romano es un derecho de acciones. Se refiere naturalmente a las acciones procesales.⁴ No obstante, esto no significa que los romanos desconocieran el uso subjetivo del término, como indican ciertos pasajes del Digesto que aluden directamente al *ius* en su sentido subjetivo⁵; pero en todo caso, aunque lo *usaran*, los juristas romanos *no teorizaron* el concepto del derecho subjetivo.

2. La “teorización” de los derechos.

La *teorización* propiamente dicha de los derechos tiene lugar en la historia del pensamiento jurídico en dos planos distintos: primero, en el plano filosófico-teológico, y después en el de la filosofía del derecho y la ciencia de los juristas (dogmática jurídica). Dicha teorización evolutiva va acompañada del uso de diversos significados del término “derechos”, significados que se revelan sobre todo en el *adjetivo* que acompaña al sustantivo (p.ej., “derechos *humanos*” o “derechos *fundamentales*”), pero también en la distinta coloración política e ideológica de las mismas expresiones (p. ej., “derechos *naturales*” que en la escolástica tienen un significado y en los contractualistas ingleses otro muy diferente, aunque empleen la misma fórmula expresiva).

Vamos a proceder a continuación al análisis hermenéutico-analítico de las expresiones más relevantes u ordinarias en las que aparece el término “derechos”, para lo cual seguiré este orden: “derechos naturales”, “derechos morales”, “derechos del hombre”, “derechos humanos”, “derechos subjetivos”, “derechos fundamentales”, “derechos constitucionales”, “libertades públicas”, “derechos como instituciones”, “derechos fundamentales como principios jurídicos”.

⁴ Fritz Schultz, *Derecho Romano Clásico*. Traducción de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro. Ed. Bosch, Barcelona 1960. Obra original: *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford 1951. Pág. 11: “El derecho privado clásico es, en gran parte, un derecho de acciones y puede ser denominado así porque aparece en forma de remedios o recursos judiciales. Los juristas clásicos no se ocuparon tanto de los derechos y deberes que subyacían en estas acciones, como de las condiciones en que puede disponerse de una acción y de la reparación que con ella puede obtenerse.”

⁵ Ulpiano, Digesto, 50, 17, 54: “*Nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse haberet*” (“Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tiene”). Gayo, Digesto, 50, 17, 55: “*Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*” (“El que usa de su derecho no incurre en dolo”).

Todas estas expresiones tienen en común el hecho de que utilizan el mismo sustantivo y se diferencian en el significado distinto que les proporciona el adjetivo. También habrá que hacerse cargo del sentido de otras expresiones lingüísticas que no usan del sustantivo “derechos” pero que son o bien de uso tradicional, como “libertades públicas”, o bien de uso más reciente en la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales, como es el caso de los derechos entendidos como “instituciones” y también como “principios jurídicos”.

La idea de que los derechos (con mayor concreción, los derechos *fundamentales*) *son* principios jurídicos es confusa y probablemente tiene su origen en un malentendido de la fórmula usada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, durante los primeros años del ejercicio de sus funciones y ante la “laguna” que presentaban los tratados fundacionales en materia de derechos fundamentales, declaró enfáticamente que “los derechos fundamentales *forman parte* de los principios generales del derecho comunitario”. Algunos autores interpretaron que ese “forman parte” quería decir “son”, con lo cual la mencionada fórmula se transformaba en esta otra: “los derechos fundamentales *son* principios jurídicos”. Hay que investigar entonces dónde se encuentra la raíz de esta posición así como qué hay de verdad en ella y también de confusa mezcla de conceptos que es necesario disolver para que penetre la claridad teórica en estos intrincados asuntos.

3. “Derechos naturales”, “derechos morales” en la Escolástica.

Es obvio que la expresión “derechos naturales” apela directamente a la *naturaleza*, término a su vez polisémico que puede usarse con significados muy diferentes aunque siempre dotados de un aspecto común: la idea de que el ser humano es titular de unos derechos que provienen de la naturaleza, entiéndase esta como se entienda. La expresión es propia de las teorías iusnaturalistas que se autodenominan de esa manera, es decir, como sencillamente “iusnaturalistas”, o de otras maneras más equívocas y elusivas del iusnaturalismo que les es propio (como p.ej., recientemente, “no-positivismo”⁶).

⁶ Da la impresión que con esta autodenominación estaríamos en presencia de un iusnaturalismo que se avergüenza de serlo y que desea escamotear el compromiso teórico que de ello se deriva. Ejemplo de esta postura es la propia del profesor Robert Alexy en sus escritos. Consúltese su trabajo “Un concepto no

La expresión “derechos naturales” goza de gran raigambre en la filosofía jurídica. La ponen en boga los teólogos españoles, a los que siguen, con un significado ideológico muy diferente, los contractualistas ingleses, atraviesa la edad moderna y llega a la contemporánea con cierto vigor, aunque son preferidas otras designaciones.

Los teólogos españoles de la escuela de Salamanca dan los primeros pasos. El dominico Francisco de Vitoria (fecha incierta de su nacimiento entre 1480 y 1486⁷; muerte en 1546), fundador del derecho internacional, en sus *Relecciones (De Indis y De Bello)* se manifiesta a favor del “ius communicationis” y del “ius peregrinandi”, así como del respeto a los derechos naturales de los indígenas, refiriéndose al “dominium” o la “possessio” de los bienes por parte de estos últimos.⁸

El jesuita Francisco Suárez (1548-1617) en su imponente tratado teológico-filosófico titulado *De legibus ac Deo legislatore* define el derecho subjetivo como una “facultas moralis”. Los derechos entendidos como “facultades” o “poderes” morales. Encontramos en su obra una teorización incipiente del derecho subjetivo: “Según el último y más estricto significado de *ius*, con toda propiedad suele llamarse *ius* al poder moral (*facultas quaedam moralis*) que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe; así se dice que el dueño de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que un obrero tiene derecho al salario, por razón de lo cual se dice que es digno de su recompensa. Este significado es frecuente no sólo en Derecho sino también en la Escritura.”⁹

En la literatura filosófica del siglo XX, y como sustitución de la fórmula “derechos naturales”, se ha extendido -sobre todo entre los filósofos generalistas o de la ética- la expresión de **derechos morales**.

positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, y mi crítica a dicha posición titulada “El concepto no-positivista de los derechos fundamentales”. Ambos trabajos publicados en *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*. Coord.: María Elósegui. Fundación Manuel Giménez Abad & Ed. Marcial Pons, 2016; págs. 27-70.

⁷ Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2. *Del Renacimiento a Kant*. Cuarta edición revisada y aumentada. Alianza Editorial. Madrid, 1995; pág. 80.

⁸ *Obras de Francisco de Vitoria . Relecciones Teológicas*. Edición de Teófilo Urdanoz, O.P., Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 1960. Francisco de Vitoria, *Relectio de Indis (o libertad de los indios)*. Edición crítica bilingüe por L. Pereña & J.M. Pérez Prendes, y estudios de introducción por V. Beltrán de Heredia, R. Agostino Iannarone, T. Urdanoz, A. Truyol y L. Pereña . Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid 1967.

⁹ Francisco Suárez S.J., *Tratado de las Leyes y de Dios legislador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967, pág. 11.

Comenta Javier Hervada: “El primer punto del pensamiento suareciano que puede resaltarse es el cambio que se produce en él con respecto al sentido estricto y primario de la palabra *ius*. La doctrina de inspiración aristotélico-tomista daba como sentido primario de *ius* la cosa justa. Suárez cambia a la cosa justa con el *derecho sobre la cosa*, esto es, el derecho subjetivo o facultad moral sobre la cosa, preanunciando así los *iura naturalia* como los derechos subjetivos naturales.”¹⁰

“Naturales” y “morales” prácticamente como sinónimos en el uso escolástico de estos términos, ya que para la Escolástica la naturaleza humana es la puesta por Dios en la creación, y desde el punto de vista teológico-filosófico dicha naturaleza tiene un carácter no sólo físico, sino también y sobre todo ético.

Por eso, los derechos naturales son para estos teólogos derechos cargados de deberes, o dicho de otro modo: derechos para realizar el proyecto moral que el individuo humano, todo individuo, debe proponerse. Los conciben como derechos que tienen su raíz en la naturaleza humana creada por Dios y por tanto existentes antes que la comunidad política, antes que el Estado, y que éste en todo caso *debe reconocer*. Son la expresión de la ley natural (*lex naturalis*) en cuanto que se “subjetiviza” al ponerse en relación con las personas.

4. “Derechos naturales” (“natural rights”) en los utilitaristas ingleses del siglo XVII.

Damos ahora un salto a Inglaterra y allí nos encontramos ante una concepción diferente a la católica escolástica, aunque utilicen la misma expresión: “derechos naturales”, “natural rights”. Una concepción que podemos denominar “utilitarista” y “economicista”. Dos figuras sobresalen: Thomas Hobbes (1588-1679) y John Locke (1632-1704).

Lo sorprendente es que ninguno de los dos cambia la terminología de la Escolástica. Por el contrario, la adoptan sin más, pero con un significado profundamente diferente, incluso puede afirmarse que contradictorio al escolástico.

¹⁰ Javier Hervada, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. EUNSA (Ediciones de la Universidad de Navarra), Pamplona, tercera edición, 1996, pág. 236.

Hobbes, en sus escritos, en *Leviatán*¹¹ sobre todo, describe un “estado de naturaleza” en el cual no habría leyes de ningún tipo, ni jurídicas ni morales. Esta figura del “estado de naturaleza” no la piensa como algo real en el pasado ni tampoco en su presente. Se trata de una “figura imaginaria”, una *ficción* de la fantasía filosófico-política que trata de dar respuesta a esta pregunta: ¿Cómo viviríamos los humanos si no existiera la sociedad ni por consiguiente tampoco el Estado?

La respuesta a esta cuestión es justamente la situación que denomina “estado de naturaleza”. Viviríamos tal como somos por nuestra propia naturaleza, pero sin vínculos intersubjetivos de naturaleza política o jurídica. Al no haber en dicho “estado de naturaleza” ni derecho, ni moral, por no haber sociedad ni comunidad política, cada cual dependería de sus propias fuerzas, y su “derecho natural” sería equivalente a su “poder” para poseer un trozo de tierra y defenderlo, y para hacerse por la fuerza con las posesiones ajenas. Al no haber normas no habría delitos ni sanciones. Hobbes sostiene que en dicho “estado de naturaleza” “todos tienen derecho a todo”. Usa la misma terminología que los escolásticos católicos: *natural rights*, pero con un sentido muy distinto: los derechos naturales son para él las facultades físicas y psíquicas que los individuos tienen para sobrevivir en el “estado de naturaleza” y para imponerse a los demás, en el cual domina la brutalidad y la desconfianza, “la guerra de todos contra todos” (*bellum omnium contra omnes*). Los derechos naturales, para Hobbes, carecen de significación moral, son la expresión descarnada de la fuerza, del poder meramente fáctico de los individuos.

Ahora bien, esos derechos en el estado de naturaleza reconoce Hobbes que son *ilusorios* ya que nadie puede garantizarse la seguridad de poseerlos de verdad a lo largo del tiempo, y por eso la razón -la razón *pragmática*, no la razón ética- le dice a cada uno los individuos: Abandona este estado de inseguridad radical, pacta con los demás individuos en condiciones de reciprocidad, y pasa al “estado de sociedad” y a la comunidad política estatal que es propia de, y consustancial a, dicho estado de sociedad. Lo cual supone renunciar a los derechos naturales y seguir el dictado de la ley natural -que es la ley de la razón pragmática *utilitarista*- para garantizar la

¹¹ Thomas Hobbes, *Leviatán*. Edición preparada por C. Moya y A. Escohotado. Editora Nacional, Madrid, 1979.

vida, la paz y la seguridad. Es a partir del momento del pacto social cuando surge la sociedad y con ella los deberes jurídicos y morales.

¿Qué lección se extrae de este planteamiento? La lección que se extrae es que los derechos naturales, la libertad en definitiva, son previos a la sociedad y al Estado y también a los deberes. Los derechos son naturales y los deberes son sociales y, por tanto, artificiales, convencionales, resultado del pacto entre los individuos.

Se pregunta Hobbes: ¿Hay que renunciar a todos los derechos para transitar al “estado de sociedad”? Y responde: No. Sólo hay que renunciar a los necesarios para garantizar la vida, la seguridad, y -añade- lo que es necesario para vivir y para que la vida no sea monótona y aburrida, esto es, (interpretamos nosotros) la propiedad (aunque Hobbes no la nombra directamente).

Todo el planteamiento hobbesiano es *pragmático, individualista y utilitarista*. En su esquema la figura de Dios no tiene relevancia, tampoco las virtudes morales. Los individuos abandonan el “estado de naturaleza” y pasan al “estado de sociedad” *porque les conviene*, buscando sobre todo la autopreservación. La razón pragmática es *calculadora* de ventajas y desventajas, beneficios y pérdidas, es una *razón economicista*, y con su uso los individuos llegan a la conclusión de que les es ventajoso el pacto social.

Similar esquema al de Hobbes es el que defiende John Locke¹², aunque este, a diferencia de Hobbes, mantiene en sus escritos la terminología escolástica (también usa la expresión *natural rights*) de manera más intensa y hace incluso citas de la Sagrada Escritura, declarándose seguidor del “juicioso” Richard Hooker (1554-1600)¹³, un teólogo más bien moderado que pretendió unificar el calvinismo y el catolicismo. El modo de expresión de John Locke es mucho más suave que el descarnado y estremecedor que usa Hobbes, pero su intencionalidad política es clara y muy parecida a la de Hobbes. Para Locke los individuos en el estado de naturaleza gozan de algunos importantes derechos naturales: la vida, la libertad y las posesiones (o propiedad); cambia, pues, el panorama hobbesiano. Bienes todos ellos que Locke resume en una sola palabra: *property*, la cual comprende los tres

¹² John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Traducción del inglés por Amando Lázaro Ros. Introducción de Luis Rodríguez Aranda. Ediciones Aguilar, Madrid, 1969. En la versión inglesa se usa, en vez del término “Essay” el de “Treatise”, “tratado”.

¹³ Autor de una obra titulada *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*. Cfr. Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Volume II: L'età moderna*. Il Mulino. Bologna, 1968; págs. 123 y ss.

anteriores: *life, freedom, ownship*. Esta designación de *property* (“propiedad”) desvela que Locke contempla los derechos naturales como expresión de la propiedad de cada cual, de la propiedad privada.

A diferencia de la concepción española católica, propia de la segunda Escolástica, imbuida de los deberes morales y con un enfoque teológico-filosófico, Locke sostiene que el individuo es *dueño, propietario*, de su cuerpo y de la fuerza que le es propia, e igualmente de sus dotes intelectuales, psíquicas y afectivas. Su cuerpo es su propiedad, y por tanto implícitamente, no de manera expresa, justifica el aborto y abre la puerta al suicidio (David Hume se unirá a esta última idea¹⁴).

Otra consecuencia que deriva Locke de su concepción antropológica es que la justificación de la propiedad está en el trabajo, ya que es el propio ser físico y psíquico del hombre el que otorga valor económico a la cosa por él producida. Uno podría pensar que esta posición es bastante justa. Pero hay que leer un poco más adelante, ya que en un capítulo de su obra *Segundo tratado sobre el gobierno civil* justifica la esclavitud, la servidumbre (*serfdom*), y añade que el trabajo que realizan los siervos¹⁵ y los animales que son propiedad del dueño es un trabajo que pertenece a este último y por tanto también las cosas producidas.

No puede extrañar que en las colonias americanas de Inglaterra Locke fuera idolatrado, ya que justificaba de modo implícito el sistema esclavista de los terratenientes algodoneros. No vamos a negar otras cualidades positivas de la obra de John Locke, pero en punto a los derechos individuales hay que decir que se quedó algo corto. No sólo mantiene la concepción utilitarista y economicista de Hobbes, sino que además justifica sutilmente la esclavitud. ¿Se le puede considerar, como suele decirse, el padre del liberalismo? En todo caso habría que afirmar que se trata de un liberalismo político y económico restringido, al servicio de intereses de una parte muy reducida de la población.¹⁶

Vemos entonces que estas dos concepciones, la “católica-teológico-eticista” y la “protestante-contractualista-utilitarista”, usan la misma terminología:

¹⁴ David Hume, “Sobre el suicidio”, en: D. Hume, *Sobre el suicidio y otros ensayos*. Selección y prólogo de Carlos Mellizo. Alianza Editorial. Madrid, 1988. Págs. 119-134.

¹⁵ J. Locke, *op.cit.*, pág. 24: “el forraje que mi criado cortó” no es propiedad de mi criado sino mío.

¹⁶ Otro capítulo sería lo relativo a la tolerancia, tal como la entiende John Locke, quien excluye de la misma a católicos, mahometanos y ateos. Cfr. John Locke,

derechos naturales, pero con significados muy diferentes tanto en el sentido ético como en el social, político y jurídico.

5. “Derechos del hombre” – “derechos humanos”.

Damos otro salto y nos vamos a Francia, donde en agosto de 1789 se aprueba en la Asamblea nacional la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*.

Los franceses concibieron este documento como una “declaración” de *principios*, no en vano esta palabra (“principios”) representa un término clave en la filosofía en general y sobre todo lo usan abundantemente los grandes escritores de la filosofía política francesa: Montesquieu, Rousseau, Sieyès, cuyas obras están en la base ideológica del movimiento revolucionario.

No debe extrañar, por tanto, que en Francia se haya entendido que los derechos *forman parte* de los principios político-jurídicos constitucionales. No es que pensaran que los derechos fueran principios, sino que su formulación en la *Déclaration* se presentaba bajo la forma de principios político-jurídicos¹⁷ que habrían de inspirar la legislación ordinaria. Los derechos individuales formaban parte de los principios en el sentido de que estos últimos constituyen la *f fuente* filosófico-política de los derechos del hombre. Algunos autores en nuestros días han malinterpretado esta idea al afirmar que los derechos, desde el punto de vista del derecho, *son* simplemente principios jurídicos.

De la expresión “derechos del hombre” deriva directamente la de “derechos humanos”, la cual tiene un carácter más integrador y universal, y que será la que tendrá implantación en los documentos del derecho internacional¹⁸ y en el lenguaje periodístico, así como en el lenguaje común de todos nosotros.

La ventaja de la expresión “derechos humanos” sobre la de “derechos del hombre” es que esta última puede dar lugar a interpretaciones sesgadas

¹⁷ Jean Morange, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (26 août 1789). Presses Universitaires de France. Segunda edición, París 1989, pág. 14, 24, 40, 68 y ss., 72 y ss., 75 y ss., 93.

¹⁸ Así, la “Declaración universal de derechos humanos” de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de 10 de diciembre de 1948, o el “Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales” del Consejo de Europa, de Roma, 4 de noviembre de 1950.

mientras que la primera significa sencillamente “derechos de los seres humanos”.

Muy próximas son otras expresiones que harán fortuna: “derechos del individuo” o “derechos individuales”, que ponen el acento en su sentido individualista (a diferencia de los derechos “de los pueblos”, de las “naciones” o de los “grupos”). “Derechos civiles” (*civil rights*) será una fórmula que tendrá éxito en EEUU.

6. “Derechos subjetivos” – “derechos públicos subjetivos”.

Hasta aquí hemos subrayado algunos rasgos del uso del término “derechos” en el marco de la filosofía político-jurídica. Vayamos ahora al segundo de los planos, el de la ciencia jurídica; es decir, al plano del tratamiento *dogmático* de los derechos.

Será sobre todo en la Alemania del XIX, entre los romanistas-civilistas, donde comienza el análisis de los “derechos subjetivos”, denominación que es contrapuesta a la de “derecho objetivo”.

La teorización de los derechos subjetivos tiene lugar primero en el seno del derecho privado, y de ahí pasa al derecho público. En este último campo destaca la obra de Georg Jellinek (1851-1911) con su *System der öffentlichen subjektiven Rechte*.¹⁹ Se consolida entonces la expresión “derechos públicos subjetivos”, para obviamente diferenciarla de la de “derechos privados subjetivos”.

Jellinek define el derecho subjetivo en estos términos: “Poder humano de la voluntad dirigido a un bien o interés, reconocido y protegido por el orden jurídico.”²⁰ Desarrolla su famosa teoría de los cuatro *status* o situaciones, cada una de las cuales manifiesta las relaciones del individuo con el Estado: el *status* pasivo o *status subiectionis*, en el cual queda excluida toda autodeterminación del individuo; el *status* negativo o *status libertatis*, como libertad o libertades del individuo frente al Estado; el *status* positivo o *status civitatis*, que se resume en el conjunto de pretensiones positivas del individuo frente al Estado para que este cumpla sus diversas funciones; y el

¹⁹ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Primera edición publicada en 1892, y dedicada a Rudolf v. Ihering. Segunda edición, 1905. Scientia Verlag Aalen 1979.

²⁰ G. Jellinek, *op. cit.*, pág. 44. “Das subjektives Recht ist daher die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht.”

status activo o *status* de civismo activo (“aktive Zivität”), el cual representa en definitiva el conjunto de los llamados derechos políticos en el sentido más estricto (“die s.g. politischen Rechte in engeren Sinne”).²¹

Hemos pasado así al terreno de la conceptualización de las categorías propias del derecho positivo. Es necesario un concepto universal del derecho subjetivo, aplicable lo mismo a los derechos privados que a los públicos.

Me remito en este punto a la definición que he propuesto en el volumen 1º de mi obra *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*: Poder concreto, organizado interna y externamente por el sistema jurídico, que se compone de un conjunto de posibilidades de acción, de las cuales unas son ilícitas y por tanto prohibidas (remisión al abuso del derecho), y otras son lícitas (poder en sentido estricto) y cuyo ejercicio se deja a la libre determinación de su titular, siendo una de sus posibilidades lícitas la de plantear la acción procesal para garantizar el disfrute pacífico de dicho poder.²²

7. “Derechos de la personalidad”.

La designación y el tratamiento de los “derechos de la personalidad” es típica de la doctrina del derecho civil. Se trata en efecto de una categoría doctrinal que tiene por base el concepto de persona, en relación sobre todo con el individuo o persona física, y que se centra en los “bienes” que son propios e inherentes a la personalidad. Se dice del individuo que es persona pero que *tiene* personalidad; en el sentido de que la persona es la situación jurídica del individuo como sujeto de derechos subjetivos, mientras que la personalidad alude a los bienes esenciales propios de la situación jurídica básica de ser “sujeto jurídico”. La doctrina del derecho civil trata, en este capítulo de los derechos de la personalidad, del derecho a la vida, a la integridad física y moral, al nombre, a la intimidad personal y familiar, al honor, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones personales, a los títulos nobiliarios y al derecho moral de autor.

²¹ G. Jellinek, *op. cit.*, págs. 86-87.

²² Capítulos 17 y 18.

Muchos de estos derechos de la personalidad han sido elevados por la Constitución Española al rango de constitucionales e incluso fundamentales, aunque de otros derechos (como el derecho de autor, y con mayor razón el derecho a los títulos nobiliarios) es más dudoso ese carácter.²³

8. “Derechos fundamentales”.

De los derechos subjetivos algunos tienen una relevancia especial reconocida por el ordenamiento jurídico.

La filosofía jurídica ha dado paso a la dogmática jurídica, con lo cual aparece una nueva terminología, que culmina en el uso, que pone en boga la *Grundgesetz*, de “derechos fundamentales” (“*Grundrechte*”)²⁴. Los juristas alemanes conciben estos derechos como “expresión subjetivizada” de los “valores fundamentales” (“*Grundwerte*”)²⁵, los cuales a su vez forman parte relevante del derecho constitucional. En España la Constitución, en el art-1.1 usa la expresión “valores superiores”.

Esta expresión (“derechos fundamentales”) tiene ante todo un significado jurídico positivo, aunque sin duda su trasfondo es filosófico, como sucede con todas las instituciones del derecho.

Cada ordenamiento jurídico determina cuáles son los derechos subjetivos considera “fundamentales”, así como también la protección que otorga a dichos derechos. No es posible una enumeración abstracta y general que determine para todos los ordenamientos jurídicos cuáles son esos derechos. En este aspecto incide en principio de relatividad sistémica, en virtud del cual todo sistema jurídico se regula a sí mismo interna y externamente. Parte de esa autorregulación la forma la concreción de cuáles son los derechos fundamentales.

²³ Blanca Rodríguez Ruiz titula los derechos fundamentales del artículo 18 CE “los derechos de la personalidad”, en su obra *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional – un recorrido jurisprudencial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016; pág. 321.

²⁴ Parte I de la GG: „Die Grundrechte” (“Los derechos fundamentales”). Esta parte I de la “Ley Fundamental” comprende los primeros 19 artículos de la Constitución alemana de 1949 (“Grundgesetz”). Con carácter previo, la Constitución de Weimar de 1919 (“Die Verfassung des deutschen Reichs”): Zweiter Hauptteil: „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen” (Arts. 109 y ss.).

²⁵ *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Herausgegeben von Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, unter Mitwirkung von Konrad Hesse (dos volúmenes). Walter de Gruyter. Berlin & New York, 1984; *passim*.

La concreción de los derechos fundamentales puede llevarse a cabo por el poder constituyente al aprobar la constitución. En tal caso serán derechos fundamentales aquellos que expresamente recoja la constitución. Pero esta no es una solución estrictamente necesaria, ya que los derechos fundamentales pueden establecerse y protegerse también por las leyes. Y también, por qué no, por la vía de la jurisprudencia de los tribunales (tal fue el caso durante años de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, la denominada solución “pretoriana” ante la ausencia en los tratados de la regulación y ni siquiera mención de los derechos fundamentales).

El principio de relatividad sistémica también permite abordar la cuestión del *numerus clausus* o *numerus apertus* de los derechos fundamentales. Será el propio sistema jurídico el que cierre la puerta a todos los posibles derechos que no estén contemplados en el catálogo ya establecido (sobre todo en la constitución) o, por el contrario, permita la ampliación de dicho catálogo por ejemplo pro la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Otras cuestión que se plantea es si todos los derechos que aparecen mencionados en una constitución con la expresión propia de los derechos subjetivos son derechos fundamentales o, por el contrario, la propia constitución establece una disparidad de criterios en virtud de los cuales unos derechos son meramente “derechos constitucionales” y otros son “derechos fundamentales”.

9. “Derechos constitucionales”.

La Constitución española de 1978 introduce, a mi modo de ver, un dualismo conceptual: la distinción entre “derechos constitucionales” y “derechos fundamentales”, aunque esta es una tesis discutida en la doctrina del derecho constitucional.

En mi opinión se debe reservar el término “derechos fundamentales” para aquellos derechos constitucionales que gozan de garantía y protección reforzadas (art. 53.2 CE), mientras que “derechos constitucionales” serían todos aquellos que contempla la Constitución, tanto los fundamentales como los que no gozan de la mencionada protección reforzada.

Se dan en este aspecto dos posturas doctrinales: la concepción material de los derechos fundamentales y la concepción formal o “procesal”. La primera

concibe los derechos fundamentales por los bienes jurídicos que protegen, mientras que la segunda se fija en la protección misma de dichos bienes. También es posible una conexión mixta que maneje los dos criterios. De cualquier manera, es esta una cuestión que no se puede resolver por la mera doctrina jurídica, sino que depende del ordenamiento jurídico mismo. Es en definitiva una cuestión de derecho positivo. Habrá que averiguar en cada caso qué criterio o criterios expresan los textos constitucionales así como los tribunales (en especial los tribunales constitucionales).

En mi opinión, el constituyente español introduce una serie de criterios en el artículo mencionado que pueden ser calificados de “formales”, y por tanto habría que concluir que en el derecho constitucional español predomina el criterio de la protección. Pero, como digo, se trata de un problema sobre cuya solución no hay acuerdo doctrinal.²⁶

La expresión “derechos fundamentales” ha tenido tanto éxito que se ha incorporado al derecho de la Unión Europea, primero a través de una ardua jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, a partir del caso *Stauder* (1969), y después por la positivización en el derecho europeo primario con la aprobación de la Carta de derechos.

En el derecho internacional prima la expresión “derechos humanos”, como queda dicho, con escasa protección real, ya que los Comités de la ONU no van más allá de hacer informes periódicos de la situación de dichos derechos en las diversas partes del mundo. El Consejo de Europa combina las expresiones en el Convenio de 1950 de derechos humanos y libertades fundamentales.

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978 regula los “derechos constitucionales” (aunque no usa esta expresión) en el Título I, titulado “De los derechos y deberes fundamentales”. Recordemos su “arquitectura:

“Título I. *De los derechos y deberes fundamentales*

Cap. I. De los españoles y los extranjeros

Cap. II. Derechos y libertades

Sección 1.^a De los derechos fundamentales y de las libertades

²⁶ Cfr. Luis María Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021; págs. 29-31 (“Concepción formal y concepción material de los derechos fundamentales”).

Públicas

Sección 2.^a De los derechos y deberes de los ciudadanos

Cap. III. De los principios rectores de la política social y económica

Cap. IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales

Cap. V. De la suspensión de los derechos y libertades.”

Basta echar una ojeada a los epígrafes de este Título I para sacar la impresión de que algo falla en su “arquitectura”. No puede decirse que manifieste una estructura coherente y mucho menos fácil de comprender. De un texto constitucional, que por principio va dirigido a toda la población del Estado, a toda la Nación, lo menos que se puede exigir es la transparencia y claridad de sus aspectos más básicos. Para la gente en general uno de esos aspectos es indudablemente es la regulación de los derechos que la Constitución protege. Si se compara esta “arquitectura” con la sencillez por ejemplo de la *Grundgesetz*²⁷ salta a la vista llamativamente el galimatías terminológico, al que sigue después la confusión conceptual.

Obsérvese en los epígrafes del Título I de la CE la extraña mezcolanza de las expresiones lingüísticas así como su repetición en distintos lugares. Sólo con leer estos epígrafes se obtiene una impresión penosa de desorden. A la doctrina constitucionalista, tanto del Tribunal Constitucional como de los autores de libros doctrinales, le ha correspondido la ardua tarea de poner orden en el desorden. Hay que aceptar el hecho de que en este aspecto de la regulación de los derechos constitucionales y fundamentales los “padres” de la CE no estuvieron muy acertados.

10.Las “libertades públicas” o “libertades fundamentales”.

Se trata de dos términos cuyo uso está menos extendido hoy día pero que ha tenido su éxito sobre todo en Francia (“libertés publiques”) y siguiendo el uso francés también en España, en Italia (“libertà pubbliche”) y en

²⁷ En la Constitución alemana se regulan los derechos fundamentales de forma mucho más transparente: “I. Die Grundrechte” (arts. 1 a19). Cada artículo recoge uno o varios derechos fundamentales. A ellos se añade algunos otros colocados en otros lugares de la GG por razones sistemáticas. Por ejemplo, los artículos 33 (“Staatsbürgerliche Gleichstellung aller Deutschen”: igualdad de todos los alemanes como ciudadanos del Estado), 101 (“Verbot von Ausnahmegerichten”: prohibición de los tribunales de excepción), 103 (“Grundrechte des Angeklagten”: derechos fundamentales del acusado). Cfr. Konrad Hesse: “Grundrechte. Bestand und Bedeutung”, en: *Handbuch des Vefassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Herausgegeben von Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel unter Mitwirkung von Konrad Hesse. Studienausgabe Teil 1. Walter de Gruyter. Berlin & New York, 1984, págs. 79-106; pág. 83.

Alemania (“Grundfreiheiten”: “libertades fundamentales”), y naturalmente sigue usándose también; así lo manifiesta el Convenio del Consejo de Europa “Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, de 4 de noviembre de 1950.

Según Jean Rivero, las libertades públicas son “poderes de autodeterminación”²⁸ del individuo; por esta razón se las denomina también a veces “derechos del individuo” o “derechos individuales”, aunque esta última denominación tiene un contenido más amplio.

El término se refiere obviamente al conjunto de derechos o facultades que el Estado “reconoce” en su ordenamiento jurídico a los individuos, facultades que están libres de la intervención estatal y que conforman el marco de libre decisión de los individuos. Naturalmente las “libertades públicas” no agotan el concepto de “derechos humanos” ni tampoco de “derechos fundamentales”, ya que estas dos últimas expresiones abarcan, además de las libertades, otros tipos de derechos, como pueden ser el “derecho a la salud” o el “derecho a la educación”.

11. Los derechos como “instituciones jurídicas”.

Por influencia sobre todo de la teoría institucionalista (Maurice Hauriou²⁹) se introduce en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales la idea de que los derechos poseen un aspecto organizativo u objetivo que inspira toda su regulación, de tal manera que no puede vérselos como exclusivamente un vínculo jurídico subjetivo del individuo hacia el Estado y hacia los demás individuos. Se insiste con esta idea en el aspecto *objetivo* de los derechos. Estos adquieren entonces una dimensión axiológica que inspira toda su regulación, y con dicha dimensión queda también palmario el principio o principios que inspiran y precisan la institución.

²⁸ Jean Rivero, *Cours de libertés publiques*. Les cours de droit. París, 1971. « La liberté est un pouvoir d’auto-détermination, en vertu duquel l’homme choisit lui-même son comportement personnel. » (pág. 8). « Il y a une différence de nature entre les libertés, pouvoirs de se déterminer soi-même, et la plupart des autres droits, pouvoirs d’imposer à d’autres, ou même à la collectivité, un certain comportement. » (pág. 9). « Les libertés publiques sont des pouvoirs d’auto-détermination reconnus et organisés par l’État, par lesquels l’homme, dans les divers domaines de la vie sociale, choisit lui-même son comportement. » (pág. 13).

²⁹ Maurice Hauriou, *Principios de Derecho público y constitucional* (con un prólogo para la edición española). Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz del Castillo. “Instituto Editorial Reus”. Madrid, s/a; *passim*.

La idea institucionalista ya hace su aparición en la obra de Savigny, quien en su obra *Sistema del Derecho Romano actual*³⁰ concibe los derechos como “relaciones jurídicas” al modo de “unidades orgánicas” dentro del conjunto del ordenamiento jurídico. El término “instituto” es usado como sinónimo de “institución”. Se considera que los preceptos que componen cada institución alcanzan su pleno significado dentro de la misma. Dicho de otro modo: las normas jurídicas se presentan formando parte de unidades normativas amplias (instituciones, institutos) en conexiones recíprocas de significado; de este modo el sentido de los preceptos individuales que componen la institución es más claramente accesible al jurista al tener en cuenta el complejo normativo institucional.

La idea institucionalista de la doctrina francesa es trasladada a la doctrina alemana a partir de la obra de Peter Häberle³¹ y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, y es desarrollada asimismo por el Tribunal Constitucional español.

12. Los derechos fundamentales como “principios jurídicos”.

La vinculación de los derechos fundamentales con los “principios jurídicos” se manifiesta clara en dos momentos diferentes: en el origen de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano y en la construcción doctrinal del concepto de los derechos fundamentales.

El primer momento refleja la filosofía político-jurídica que subyacía a la *Déclaration*. El segundo momento es característico de la elaboración dogmática del concepto “derechos” (derechos subjetivos en general y derechos fundamentales en particular) desde la concepción institucionalista. En ambos casos nos encontramos ante dos situaciones provenientes de la filosofía jurídica y la doctrina francesas.

Si se analizan con un poco de detenimiento los debates que hubo en Francia con motivo de la *Déclaration* podrá comprobarse que las personas que en

³⁰ F.C. de Savigny, *Sistema del Derecho Romano actual*. Segunda edición, tomo primero. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de Manuel Durán y Bas. Centro editorial de Góngora. Madrid, s/a. Pág. 65.

³¹ Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt* („La garantía del contenido esencial del artículo 19 párrafo 2 de la Ley Fundamental. Contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la doctrina de la reserva de ley”). Primera edición, 1962. Segunda edición, ampliada: Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1972.

ellos participaron la concibieron como una “declaración de principios”; principios a los que también denominaron “axiomas” en algunas ocasiones. Manifestaron asimismo que en todo caso dichos principios o axiomas, dado su carácter de enunciados generales, habrían de completarse con la regulación legislativa.

La *Déclaration* en efecto fue ideada como un documento en el cual se “declaraban” los principios político-jurídicos generales más relevantes para la constitución de un nuevo régimen político. Aunque el título hacía alusión expresa a los “derechos del hombre y del ciudadano”, también se contenían en el documento otros principios político-jurídicos, además de los derechos, como por ejemplo: el principio de separación de poderes, el principio constitucionalista (según el cual si un Estado no respeta los derechos individuales o no tiene separación de poderes, carece de constitución), el principio de la soberanía nacional, el principio (de origen doctrinal roussoniano) de que la ley es la expresión de la voluntad general, el principio de legalidad, etc. Principios estos que tienen una relación directa o indirecta con los derechos proclamados y que, junto con estos, conforman la “atmósfera político-jurídica” del régimen democrático-liberal.

Alguno de estos autores (como por ejemplo Mounier³²) concebían los artículos de una constitución, y también los de la *Déclaration*, como “principios” o como “consecuencia de principios”, que precisaban para su aplicación ser completados y concretados por las leyes. Decía: “Es necesario recordar los principios que deben formar la base de toda especie de sociedad, y que cada artículo de la constitución pueda ser la consecuencia de un principio. Un gran número de publicistas modernos llaman a la exposición de esos principios declaración de derechos.”

Es obvia la vinculación existente entre dichos principios político-jurídicos, entre los cuales sobresalen los derechos individuales, con el derecho natural iluminista. Tanto la constitución como las leyes son percibidas como concreción positivizada de los grandes principios de convivencia. La declaración de los principios exige su “puesta por escrito” en la constitución y en las leyes.

El segundo momento al que hemos aludido corresponde a la construcción doctrinal del concepto “derechos fundamentales” y su relación con los

³² Jean Morange, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (26 août 1789). Deuxième édition mise à jour. Presses Universitaires de France. Paris 1989 ; pág. 26.

“principios jurídicos” mencionados. Como ha quedado señalado, es Maurice Hauriou el autor que abre el camino a esta posición, al considerar que los derechos son instituciones y que las instituciones están todas ellas presididas por uno o varios principios que inspiran e informan su contenido.

En la obra citada antes Hauriou sostiene que “no sólo tienen valor jurídico las Declaraciones de derechos; poseen también un valor constitucional, en cuanto contienen el principio de cada uno de los derechos individuales (...).”³³

A partir de esta conexión entre derechos y principios puede entenderse muy bien la fórmula usada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho”, inspirada en la fórmula francesa³⁴.

13. ¿Debemos entender los derechos fundamentales como derechos subjetivos, como instituciones o como principios, o quizás mejor como las tres cosas a la vez?

¿Cuál es la conclusión del análisis precedente?

Los “derechos” constituyen un término polisémico. No es infrecuente que se usen las mismas palabras pero con diverso significado cultural e ideológico. Lo importante es caer en la cuenta de esa diversidad y no dejarse engañar por las palabras. Según un personaje famoso en las lides diplomáticas, las palabras existen para ocultar la verdad. Pero hay que añadir que también existen para desvelarla. Aquella quizás sea la función o al menos el uso de algunos, muchos, políticos. Los profesores tenemos el deber de situarnos en la segunda posición mencionada: la de desvelar la verdad que se enconde tras las palabras.

Hemos pasado revista a algunos términos: *actiones* en Roma, derechos morales, derechos naturales, derechos del hombre, derechos humanos,

³³ M. Hauriou, *op.cit.*, pág. 100.

³⁴ G. Robles, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*. Ed. Ceura. Madrid, 1988; *passim*. También G. Robles, “La influencia de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. En: *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo IV: Las Fuentes y Principios del Derecho de la Unión Europea. Director: José M^º Beneyto Pérez. Coordinadores: Jerónimo Maillo González-Orús & Belén Becerril Atienza. Ed. Thomson Reuters – Aranzadi. Madrid, 2011; págs. 345-440.

principios, derechos constitucionales, derechos fundamentales, libertades públicas o fundamentales. A los que podríamos añadir otros como: derechos civiles, derechos de las llamadas “diversas generaciones”, derechos sociales y económicos, derechos ecológicos, etc.

Estamos ante una inflación de los derechos. Y la pregunta es ahora: ¿qué pasó con los deberes?

Parece razonable pensar que de la “edad de los derechos” hay que pasar hoy a la “edad de los deberes”. De la edad del “narcisismo” y de la “queja continua” con fundamento o sin él, a la “edad de la responsabilidad”. En definitiva, volver a inspirarnos en las concepciones éticas de los teólogos-filósofos españoles. Hay que reconocer, sin embargo, que las tesis que han cuajado en la mentalidad social dominante de nuestro tiempo son las propias del utilitarismo economicista, algunos de cuyos rasgos hemos comentado.

Desde el punto de vista de la Teoría del Derecho y del Derecho Constitucional el debate sobre qué sean los derechos fundamentales puede resolverse quizás atendiendo a las tres dimensiones señaladas: son derechos subjetivos y por tanto instituciones jurídicas que, además, están ambos inspirados en principios jurídicos. Es posible ver estas tres dimensiones como aspectos separados, pero más adecuado es comprenderlos en su mutua relación. Las tres dimensiones dan cuenta de la complejidad de los derechos fundamentales y permiten al intérprete y al aplicador encajar mejor la operación subsuntiva de aplicación a los casos. Ahora bien, de las tres dimensiones una de ellas es la base y el punto de referencia constante: esta dimensión central es la de entender los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

Otra manera de explicar estos rasgos de los derechos fundamentales consiste en destacar en ellos dos aspectos: el subjetivo y el objetivo. El subjetivo corresponde a la idea de que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, y el objetivo a la idea de que también son instituciones jurídicas y por tanto principios jurídicos, en este último caso como consecuencia de su carácter institucional.

De hecho el Tribunal Constitucional español juega en sus sentencias con estas tres dimensiones (p. ej., STC 11/1981, STC 15/1982, STC 53/1985, etc.)

Dadas las dimensiones requeridas para este breve estudio, me quedo aquí. Tengo entre manos un libro titulado *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*, que recoge básicamente mis lecciones en el “Máster de Derecho Constitucional” del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en el que expongo con mayor detalle las tesis apuntadas en estas páginas.