
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



Junta General del Principado de Asturias

Versión original y en español en internet: <http://constitucion.rediris.es/fundamentos/indice.html>

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

COMITÉ DE HONOR

Excma. Sra. Presidenta de la Junta General del Principado de Asturias
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias

DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

CONSEJO DE REDACCIÓN

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS N.º 4

LA REBELIÓN DE LAS LEYES
*Demos y nomos: la agonía de la justicia
constitucional*

Coordinador: Juan Luis Requejo Pagés



JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

2006

FUNDAMENTOS

ISSN: 1575-3433

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Dépósito legal: AS-3344/1998

ÍNDICE

Presentación	11
Autores	23

PRIMERA PARTE
EL DESTRONAMIENTO DE LA LEY
(Orígenes y fundamento de la jurisdicción constitucional)

1. Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional.	
LUIS PRIETO SANCHÍS	27
I. ¿Implica el constitucionalismo alguna determinada concepción sobre el Derecho? Precisiones conceptuales	29
II. La ideología del control de las leyes	40
1. El Derecho natural racionalista y la teoría del contrato social	40
2. Del contrato social al constitucionalismo	48
a. En la independencia de los Estados Unidos	48
b. En la revolución francesa	60
III. La ideología del legalismo. Del contrato social a la supremacía de la ley	72
IV. El Tribunal Constitucional del positivismo: el modelo kelseniano	88
V. Esquema de conclusiones	101
2. Marbury versus Madison doscientos años (y más) después. MARÍA	
ÁNGELES AHUMADA RUIZ	109
I. El «gran caso» <i>Marbury</i>	111
II. El comentario de <i>Marbury</i> y la celebración del bicentenario	123
III. El relato de <i>Marbury</i> : ¿cuáles son los «hechos relevantes»?	134
IV. Conclusión: <i>Marbury</i> y el control de constitucionalidad	148
3. Marbury versus Stuart. BRUCE ACKERMAN	151
I. La conexión en el tiempo	153
II. Significado público	167
III. Las elecciones de 1802 y sus consecuencias	174
1. La Petición de los Jueces	175
2. El Congreso ordena	176

IV. <i>Marbury</i> y <i>Stuart</i> : prolongando la trama doctrinal	181
V. Los sonidos del silencio	190
VI. El problema de la síntesis intergeneracional	197
4. Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho.	
FRANCISCO RUBIO LLORENTE	203
I. Introducción	205
II. De los derechos humanos a los fundamentales. La constitucionalización de los derechos	209
III. El Estado de Derecho. Evolución histórica de una idea	216
IV. Derechos humanos y derechos fundamentales en el Derecho Internacional	229

SEGUNDA PARTE

LA ARTICULACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE CONTROL

(Los modelos de jurisdicción constitucional en su configuración actual)

5. La justicia constitucional italiana, entre modelo <i>difuso</i> y modelo <i>concreto</i>. ALESSANDRO PIZZORUSSO	237
I. Orígenes y variedades de la justicia constitucional	239
II. Control <i>político</i> y control <i>jurisdiccional</i> ; control <i>difuso</i> y control <i>concentrado</i>	240
III. Relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria; control <i>abstracto</i> (principal) y control <i>concreto</i> (incidental); control <i>preventivo</i> (<i>a priori</i>) y control <i>sucesivo</i> (<i>a posteriori</i>)	244
IV. Control con efectos <i>erga omnes</i> y control con efectos <i>inter partes</i>	247
V. La experiencia italiana: ¿control difuso o control concreto?	249
VI. El lugar de los hechos en el proceso constitucional incidental (en sentido estricto)	252
VII. El control del juez <i>a quo</i> acerca de la eventualidad de una cuestión manifiestamente infundada	255
VIII. La cooperación entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios	256
IX. La aplicación directa de la Constitución por parte de la Administración Pública	259
X. Observaciones conclusivas	260
6. Sobre la introducción hipotética del recurso individual ante el Consejo Constitucional. LOUIS FAVOREU	263

7. El control previo a los veinte años de su supresión. PEDRO CRUZ VILLALÓN	275
I. La experiencia española con el control previo	278
II. Coordinadas de la situación actual	280
1. Algunas buenas razones para recuperar el control previo	281
2. Dificultades objetivas del control previo	285
3. Condiciones del control previo en un contexto de jurisdicción constitucional sucesiva	286
III. Una posible alternativa al modelo vigente desde 1985	287
8. Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y JULIO BAQUERO ...	291
I. Introducción	293
II. Derecho constitucional comunitario	298
III. Características de la justicia constitucional comunitaria	306
IV. Control de la constitucionalidad del Derecho comunitario derivado ...	313
V. Conflictos interinstitucionales y garantía del equilibrio institucional ...	316
VI. La delimitación de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros	324
VII. Protección de los derechos fundamentales	331
VIII. El control preventivo de la compatibilidad de los acuerdos internacionales con el Tratado	334
IX. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa	338

TERCERA PARTE

**¿HACIA UNA NUEVA REPÚBLICA DE LAS LEYES?
(El devenir posible)**

9. Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los Tribunales Constitucionales. IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ	349
I. Avance de unas reflexiones provocadoras	351
II. El coste de la tutela constitucional de los derechos fundamentales ...	356
III. Una anomalía en el sistema de control concentrado de constitucionalidad: la tutela de los derechos ante la jurisdicción constitucional	359
IV. ¿Quién paga el coste de la tutela constitucional de los derechos?	367
V. Subsidiariedad, irradiación de los derechos y objetivación del amparo. La jurisdicción constitucional como jurisdicción de mínimos	371
VI. El futuro de la tutela constitucional de los derechos fundamentales. El punto de partida	376

10. Nuevos parámetros de constitucionalidad. PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ	385
I. Introducción	387
II. La necesidad de un nuevo parámetro de constitucionalidad complejo	390
1. Las razones de la necesidad	390
2. Algunos ejemplos de parámetros complejos	393
a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional	393
b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional	394
c. Remisiones a normas externas	398
3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural ..	400
III. Los «falsos» parámetros de constitucionalidad	406
1. Las razones de la «falsedad»	406
2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad	410
IV. Otros parámetros constitucionales novedosos	417
V. Conclusiones	424
11. Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría. J.J. GOMES CANOTILHO	425
I. Jurisdicción constitucional e inquietudes discursivas: la razón de ser de un título	427
II. Jurisdicción constitucional y positivismo metódico	428
1. Pragmatismo jurisprudencial constitucional y pragmatismo filosófico	428
2. El procedimentalismo judicialista	430
3. La dislocación ponderativa	431
4. «Innecesidad de la Constitución» y «necesidad del Tribunal Constitucional»	433
III. Jurisdicción constitucional y comunidades inclusivas	434
1. El «topos» de la integración	434
2. El pluralismo normativo y comprensivo	435
3. El tacto hermenéutico	436
a. Apertura y límites de la justicia constitucional comprensiva ..	436
b. Minimalismo jurisprudencial	437
c. Aceptación racional y consistencia	438
d. Prioridad de normas de segundo orden	438
12. Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS	441

DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO

Francisco Rubio Llorente

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. De los derechos humanos a los fundamentales. La constitucionalización de los derechos.
- III. El Estado de Derecho. Evolución histórica de una idea.
- IV. Derechos humanos y derechos fundamentales en el Derecho Internacional.

I. INTRODUCCIÓN

La afirmación tópica de que vivimos en la época de los derechos¹ no pretende decir, como bien se comprende, que la vida social y política contemporánea sea especialmente respetuosa con los derechos, sino sólo que el principio normativo dominante en nuestro tiempo es el de la primacía de los derechos. Esta ideología de los derechos, para utilizar una expresión frecuente en la que el término ideología debe ser entendido en un sentido puramente descriptivo, no con el significado fuerte y polémico que ese término tiene en la obra de Marx², está integrada, para exponerla en términos

¹ La expresión ha sido utilizada como título de, al menos, dos libros excelentes y representativos: L. Henkin, *The Age of Rights* (Columbia University Press, 1990); Norberto Bobbio, *L'età dei diritti* (1992).

² Esta acepción descriptiva de la ideología, como «conjunto de ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una persona, colectividad o época», para emplear la fórmula del Diccionario, es la que en este trabajo se emplea también. Sobre la crítica marxista de la ideología (esta vez en sentido fuerte) de los derechos, ver sobre todo, en castellano, la obra de Manuel Atienza, *Marx y los derechos humanos* (Editorial Mezquita, 1983).

Además de «ideología» de los derechos, se habla frecuentemente de «teoría» o «doctrina», o «discurso», de los derechos para designar el conjunto de doctrina o teorías críticas del positivismo, que explican y/o justifican la obligada primacía de los derechos en el orden jurídico interno y/o internacional. En lengua inglesa, los críticos de tal ideología o teoría utilizan también, como denominación equivalente, la de *rights talk*, que tal vez se puede traducir al castellano como «charla de los derechos». En castellano, Eduardo García de Enterría ha utilizado, aunque en un sentido absolutamente opuesto, decididamente apologético, la expresión «lengua de los derechos» (*La lengua de los derechos*, Alianza Editorial, 1994). Mary Ann Glendon en el espléndido libro en el que la emplea como título (*Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. The Free Press, 1991). No sé si el castellano «charla» es buena traducción para el inglés «talk», pero no se me ocurre otra mejor, ni la cosa tiene, creo, mayor importancia. En todo caso es evidente que sería error gravísimo traducir *rights talk* por «lengua de los derechos», expresión acuñada por Eduardo García de Enterría con un contenido igualmente omnicomprendivo, pero con un sentido diametralmente opuesto, resueltamente apologético (*La lengua de los derechos, cit.*).

forzosamente muy esquemáticos, por un principio de la razón práctica, asumido como creencia generalizada, de la que se derivan dos exigencias que constituyen otros tantos principios fundamentales para la Teoría del Estado y del Derecho.

La creencia básica es naturalmente la de que los individuos humanos (y para algunos, también ciertos grupos sociales definidos por razones históricas, culturales, e incluso físicas o psicológicas) son titulares de unos «derechos», inherentes a su dignidad de personas y por tanto de valor universal, cuya realización y preservación es el único fundamento posible de la legitimidad del poder y de la validez del derecho creado por éste. Como la mayor parte de los ideólogos de los derechos suelen sostener que estos configuran un conjunto abierto, de manera que el progreso moral y material de la humanidad se proyecta o debe proyectarse en una continua ampliación de su número, en el gozoso surgimiento de sucesivas «generaciones» de derechos, hay razones para pensar que la «fuente» de los derechos no es la persona o su dignidad, sino la percepción que de ella se tiene, es decir, un hecho social.

Las exigencias que de ese principio se derivan para la Teoría del Estado y del Derecho son las de que: a) la pretensión de legitimidad del poder del Estado ha de fundamentarse en su servicio a los derechos, en su capacidad para realizarlos y en su disposición a respetarlos. Como expresión máxima de esta pretensión, las Constituciones nacionales, fundamento de los respectivos ordenamientos, han de garantizar los derechos de los individuos (eventualmente también los derechos de los grupos), especialmente frente a la acción de los poderes constituidos, incluido, claro está, el poder legislativo, aunque sobre el grado y la forma de la sujeción de éste se mantengan diferencias importantes de opinión; y b) el servicio a los derechos en el orden interno de cada Estado ha dejado de ser un dominio exclusivo de éste, reservado a su soberanía, para convertirse en una materia regulada por el Derecho Internacional y en una finalidad legítima de la acción exterior de otros Estados distintos y *a fortiori* de la comunidad internacional.

Esta ideología de los derechos, que en la Segunda Guerra Mundial fue utilizada para definir la postura de las potencias aliadas contra el totalitarismo fascista, a su término sirvió de guía para la organización de la comunidad internacional, y en los años de la guerra fría como instrumento básico, y a la postre decisivo, de las potencias occidentales en su enfren-

tamiento con los Estados del «socialismo real»³, se ha convertido, tras la caída del Muro, en una ideología de ámbito universal; en la ideología que pone término a todas las ideologías, pues incluso las teorías que combaten su principio básico, esto es, la noción de derechos pre-positivos, comparte la concepción individualista de la que surge, y con ella sus valores⁴.

Para despejar todo equívoco, conviene precisar desde el comienzo que el presente trabajo no pretende ponerla en cuestión, sino ayudar a su triunfo, intentando deshacer algunos equívocos que resultan de lo que me parecen imprecisiones conceptuales graves. De modo muy sintético, la tesis que en él quiero sostener puede reducirse a las proposiciones siguientes: 1) como derechos morales, no simplemente jurídicos, los derechos humanos sólo pueden ser entendidos como derechos de todos frente a todos, derechos que cada miembro del género humano tiene frente a todos y cada uno de sus congéneres; 2) la justificación ética del Estado viene de la necesidad de concretar el contenido de estos derechos en las relaciones interpersonales de todo género y de organizar la acción colectiva indispensable para realizarlos o sancionar su violación. La legitimidad del poder estatal depende en primer lugar, aunque no exclusivamente, de su capacidad para asegurar la vigencia de esos derechos en el seno de la respectiva sociedad, mediante la creación y aplicación eficaz del derecho positivo que los incorpora; 3) aunque el Estado no surge para proteger los derechos humanos frente a él, sino frente a los demás, una vez creado no tiene ya sólo esa obligación positiva de hacerlos valer en el seno de la sociedad, sino también la obligación negativa de respetarlos, ajustando el ejercicio de su propio poder a límites y formas específicas. Como derechos en la relación frente al poder, los derechos humanos se denominan generalmente derechos fundamentales o constitucionales; 4) el concepto de Estado de Derecho, tal como ha sido construido históricamente, no toma en cuenta la función del Estado como

³ Sobre el uso de la ideología de los derechos en el curso de la guerra fría puede encontrarse abundante información en Robert M. Gates, *From the Shadows. The Ultimate Insider's Story of Five Presidents and How They won the Cold War* (Simon & Schuster, 1995).

⁴ Una indicación resumida de esta literatura crítica puede encontrarse en el capítulo inicial del libro de Andrew Halpin, *Rights and Law. Analysis and Theory* (Hart Publishing, Oxford, 1997). El hecho mismo de que para Halpin sean en el fondo utilitaristas, y por tanto positivistas, teóricos de los derechos tan destacados como Rawls, Nozick y Dworkin, evidencia el reducido alcance real, práctico, de la diferencia teórica. Vid. también el agudo análisis de Michael Perry «Taking Neither Rights-Talk, Nor the Critique of Rights Too Seriously», en *Texas Law Review*, n.º 62 (1984).

agencia indispensable para la realización de los derechos (su obligación positiva), sino sólo su obligación negativa de respetarlos, no los derechos humanos, sino los fundamentales; 5) la acción de las instituciones destinadas a garantizar los derechos (la justicia constitucional frente al legislador, los diversos órganos de la comunidad internacional frente al Estado como miembro de ésta) sólo puede asegurar el respeto de los derechos fundamentales, no la realización de los derechos humanos en el seno de las respectivas sociedades, garantizan el Estado de Derecho, no el Estado justo; 6) esa limitación de la garantía tiene una doble razón de ser: a) la carencia de legitimidad de las instancias de control para asumir una tarea reservada a la autonomía colectiva, que en el orden interno se expresa a través del legislador democrático y en el externo a través del Estado; b) la incapacidad técnica de esas instancias para llevar a cabo esa tarea de creación y aplicación del derecho; 7) la actuación de las instancias de control y el concepto de derechos con el que éstas operan, han de ser nítidamente diferenciadas de las actuaciones que se llevan a cabo en el marco de la política de los derechos humanos, que operan con un concepto muy amplio de estos derechos e identifican como violación toda situación de carencia, con independencia de que esa situación sea obra de acciones públicas o privadas, o incluso simple producto de circunstancias históricas o naturales⁵.

El encadenamiento de dos ideas simples, la de que la realización de los «derechos», de todos los derechos, es el componente esencial de la noción de Estado de Derecho, y la de que esta realización es exigencia de la justicia, lleva frecuentemente a la conclusión de que ésta, la justicia, es el fin propio del Estado de Derecho, que el Estado de Derecho puede y quizás debe, ser identificado con el Estado Justo. Esa identificación entre Estado de Derecho y justicia es sin embargo un gravísimo error del que es buena prueba el uso que de ella se ha hecho en la historia para acabar con los derechos. Las tesis que acabo de exponer se pueden resumir por eso, en cierto sentido, en la frase que utilizo como exerga, «El Estado de Derecho no es el Estado de justicia», que un gran constitucionalista suizo⁶ acuñó para enfrentarse con quienes, en nombre de una «justicia sustancial» pretendían ignorar los derechos

⁵ En recientes declaraciones, la presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refería a la hambruna del Sahel y a la plaga del SIDA en el África Oriental como las más sangrientas violaciones de los derechos humanos en el planeta.

⁶ Werner Kägi, en «Hundert Jahre Schweizerische Recht», en *Festgabe Giacometti* (1953) p. 178.

o acabar con ellos. La justicia material no puede ser fin del Estado porque, hoy menos que nunca, no hay «una» idea de justicia que el Estado pueda imponer a todos sus ciudadanos. Hay muchos modos diversos, legítimos e incompatibles entre sí, de entender la proporción entre igualdad y libertad en que consiste la justicia como *telos* de la acción social y la opción por cualquiera de ello, como objetivo único y necesario de la acción del Estado, conduce inevitablemente al totalitarismo. El Estado como tal, como estructura abierta a las distintas fuerzas y preferencias de la sociedad, no puede justificarse por el servicio a una determinada idea de justicia sustancial. El Estado de Derecho no es un Estado de Justicia, sino un Estado de «derechos». Excusado es decir que este trabajo no se enfrenta críticamente con una amenaza totalitaria de destrucción de los derechos, sino con el riesgo menor, pero no desdeñable, de que los encargados de velar, tanto en el plano interno como en el internacional, por el respeto a los derechos, intenten imponer su propia concepción de éstos como única adecuada a la justicia, ignorando o condenando la que mantienen aquellas instancias que han de conjugar el respeto a los derechos con su obligación primordial de asegurar su vigencia en el seno de la sociedad, en las relaciones interindividuales. Los derechos imponen límites a la autonomía colectiva, o en expresión más tradicional, a la soberanía popular, cuya proyección exterior es la soberanía de los Estados, pero la construcción de estos límites, la determinación del contenido de los derechos, no puede hacerse a partir de una idea abstracta de justicia que ignore la concepción que de esos mismos derechos tienen los poderes que han de respetarlos, pero también crear el Derecho indispensable para que esos mismos derechos (o si se quiere, los bienes protegidos por ellos) sean eficaces en la vida cotidiana de los gobernados.

Para sostener esta tesis y desarrollarla en el breve espacio que se nos concede, comenzaré por algunos apuntes sobre la relación entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, seguiré con una breve descripción de la evolución del concepto de Estado de Derecho, para terminar con algunas ideas acerca de cual es el ámbito propio de la jurisdicción de los derechos que en la terminología internacional se llaman humanos.

II. DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS FUNDAMENTALES. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

En la doctrina del iusnaturalismo racionalista, en donde está el origen inmediato de la noción, los *rights and privileges* que la ley natural concede

al hombre se resumen, según la famosa fórmula de Locke, en el poder (moral) del individuo para preservar «*his life, liberty and estate against the injuries and attempts of other men*». Estos derechos naturales para los que desde finales del siglo XVIII se generaliza la denominación de derechos del hombre o derechos humanos, se adjetivan así porque pertenecen a todos los hombres por igual y a todos los hombres por igual obligan. No son, ni podrían ser, derechos frente al poder, porque su existencia es anterior a la de éste, que tiene en ellos su origen, su razón de ser, su justificación. El poder, el Estado, surge precisamente para dotar a estos derechos de eficacia real, práctica, no simplemente moral⁷; para establecer su definición precisa y asegurar, mediante la coacción organizada, el cumplimiento de las obligaciones correlativas y la sanción de las infracciones. La legitimidad del poder y por tanto el deber de obediencia de los sometidos, la *political obligation*, son consecuencia de la indispensabilidad de aquél como instrumento para dotar de efectividad a los derechos en las relaciones interindividuales en el seno de la sociedad. El fin primario del Estado es hacer realidad los derechos humanos, no el servicio a otros fines trascendentes o a su propio engrandecimiento. La sociedad no tiene una naturaleza autónoma, ni fines propios, que el poder, el Estado, deban servir. En la concepción contractualista, la comunidad política es resultado de un pacto entre individuos igualmente libres, que abdican de su libertad natural para asegurarse el goce recíproco de sus derechos; para garantizar, con el derecho positivo, sus derechos «naturales». La sociedad civil nace con ella y en consecuencia no cabe hablar de una sociedad preestatal con entidad diferenciada y fines propios cuyo logro justifique por sí mismo el ejercicio del poder. El empleo de éste para la satisfacción de necesidades colectivas (entre otras, la de la defensa frente al exterior) se justifica sólo en la medida en que con ella se sirve a la plena realización de los derechos⁸.

⁷ Para dotar a la validez con la fuerza de lo fáctico, para utilizar una expresión de Habermas (*op. cit.*, p. 45).

⁸ Excusado es decir que la justificación individualista de la acción estatal que en el texto se esquematiza, no implica por sí misma en la práctica una limitación de esa acción o de sus finalidades posibles. Una vez admitida la existencia de la comunidad política como entidad diferenciada en el seno de la humanidad, no hay objetivo alguno cuya consecución no pueda ser justificada como medio directo o indirecto para la realización de los derechos de sus miembros. Pese a ello, la justificación individualista del poder impone a la acción de éste límites, al menos teóricos, inexistentes en las teorías conservadoras o colectivistas.

Son estos derechos humanos que constituyen la razón de ser del Estado, su justificación, los que se enuncian con admirable vigor retórico en los primeros textos positivos basados en la, entonces, nueva concepción del Estado y del Derecho. Los párrafos finales de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos⁹ y el artículo Segundo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹⁰ son declaraciones rotundas de la nueva fe. El Estado nace y se justifica para proteger estos derechos que cada hombre tiene, por serlo, frente a los ataques de los demás; no, naturalmente, para protegernos frente al Estado mismo, que sería absurdo. Son fines necesarios del Estado, no límites inexcusables de su poder.

No son sin embargo derechos de cada uno de los hombres frente a todos los demás, sino derechos de los individuos frente al poder, derechos correlativos a los límites materiales o formales que se imponen a la actuación de los poderes, o derivados de los principios a los que estos han de ajustar su actuación, los derechos consagrados como derechos humanos en las grandes declaraciones de finales del XVIII. Aunque la denominación, que es expresa en Francia¹¹, se omite en Norteamérica, también aquí la naturaleza «humana» de estos derechos aparece claramente del texto de los distintos *Bills of Rights* y de la conexión ideal entre la Declaración de Independencia y las nueve primeras Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos. Pero los derechos que se proclaman tienen como destinatario exclusivo al poder y como finalidad única su limitación. Es cierto que entre los derechos enumerados en la Declaración francesa, hay algunos que se enuncian directamente como fines del Estado e incluso (artículos 4.º y 5.º) una cláusula general de libertad, por lo que cabe sostener que, al menos respecto de ellos, el Estado no tiene sólo una obligación negativa, de abstención, sino también

⁹ «That all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness; That to secure these Rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed; That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles...»

¹⁰ «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturel et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.»

¹¹ El hecho de que las Declaraciones de 1789 y 1893 aludan en su título no sólo a los derechos del hombre, sino también a los del ciudadano, no empaña la clara identificación como derechos humanos de todos los enunciados. La duplicación hombre-ciudadano es más bien un pleonasma.

la positiva de protegerlos en las relaciones interindividuales, pero en el contexto no hay duda alguna de que también estos derechos se proclaman sobre todo en razón de la obligación de respeto que se quiere imponer al poder. El origen concreto de estos derechos, las razones que llevaron a destacar precisamente la protección frente al poder de estas libertades individuales y de estas formas necesarias de actuación (el principio de legalidad, los principios básicos del derecho procesal, etc.) no son teóricas, sino empíricas, históricas; con independencia de que puedan ser violadas también por otros hombres y para protegerlas frente a este riesgo se requiera la acción del poder, la amenaza que se quiere prevenir es la que viene del poder mismo, pues como enseña la experiencia, es éste sobre todo el que acostumbra a hollarlas. La consagración destacada de estos derechos, cuya función es la de limitar al poder, no implica en modo alguno que éste quede descargado de su obligación positiva de definir y garantizar los derechos humanos primarios a la vida, la libertad y las propiedades, que unos hombres tienen frente a otros, pero esta obligación positiva, este deber de protección (y en consecuencia también las obligaciones que su ejercicio impone a todos los miembros de la sociedad) van a quedar desde ahora relegados a un segundo plano, para pasar al primero, como obligación primordial, la de simple respeto del poder a determinados derechos y por tanto también éstos.

Siendo el poder el destinatario único (o al menos inmediato) de tales derechos, su positivización requiere, como condición necesaria, el desdoblamiento de aquél entre un poder supremo que agota su existencia en el momento de la fundación y otros poderes ordinarios, que actúan ya dentro del orden establecido. Y naturalmente, en correspondencia con ese desdoblamiento, una diferenciación formal entre las normas emanadas de esos distintos poderes. La universalización de la teoría del poder constituyente y de la práctica de la Constitución escrita, es la respuesta lógica a esta doble necesidad. La consagración de un repertorio más o menos amplio de derechos, sistematizados en un Título o Capítulo concreto, o dispersos a todo lo largo del texto constitucional, pasa a ser así un componente indispensable, una parte necesaria de éste, lo que durante mucho tiempo se ha llamado la parte dogmática de la Constitución.

Al incorporarse a la Constitución, el fundamento de validez de los derechos deja de ser, en apariencia, una cuestión abierta al debate teórico, para asentarse en el propio derecho positivo, en la decisión del soberano fundacional. Por ello dejan también de calificarse simplemente como humanos, y

reciben otras denominaciones que los refieren a la Constitución (garantías constitucionales, derechos constitucionales), o a su función de componentes esenciales del *status* de las personas (derechos civiles y políticos); en la Europa de hoy, por razones en las que no hemos de entrar, la denominación más utilizada es la de derechos fundamentales que se utiliza en el título.

El cambio en la denominación es reflejo de una serie de cambios trascendentales en el concepto que conviene recordar, aunque todos ellos son simple consecuencia del proceso de positivización. Como creación del derecho positivo, aunque su naturaleza obliga a enunciarlos de forma general y abstracta, mediante el empleo de fórmulas lapidarias susceptibles de muchas interpretaciones distintas, su contenido aparece ya referido a sectores concretos de actividad del individuo, la sociedad o el Estado, no a bienes, valores genéricos (la vida, la libertad, la seguridad) o finalidades omnicomprendivas, como la búsqueda de la felicidad. De otra parte, el paso de los derechos del ámbito de la moral al del derecho, al tiempo que circunscribe inevitablemente el conjunto de sus titulares, obliga a dotarlos de un fundamento particular, no el universal de la simple condición humana. Como derechos morales corresponden a todos los hombres, pero el poder que los consagra sólo puede establecerlos en favor de los hombres sujetos a su jurisdicción; no como derechos de los hombres en general, sino como derechos de los americanos, franceses, españoles etc. Ni pretende ese poder proclamar todos los derechos imaginables, sino sólo aquéllos que en un lugar y unas circunstancias históricas concretas se considera imprescindible garantizar frente al poder, con independencia de que su contenido sea coincidente con el de derechos universales, o resulte relevante sólo para los miembros de esa comunidad particular¹².

Es evidente, sin embargo, que esta determinación puramente jurídico-positiva de los derechos fundamentales, no permite olvidar su conexión con los derechos humanos y que más allá de las razones históricas concretas que llevaron a las primeras Declaraciones¹³, tanto éstas, como las que las

¹² Por ejemplo el derecho a poseer y llevar armas consagrado en la Enmienda Tercera de la Constitución de los Estados Unidos, o el derecho de fundación, que garantiza el artículo 34 de la Constitución española.

¹³ La discusión de estas razones es el tema de la célebre y ya anticuada polémica entre Jellinek y Boutmy, de la que E. García de Enterría ofrece un buen resumen en *La lengua de los derechos*, citada antes. Una bibliografía seleccionada sobre la cuestión se encuentra en la clara y apretada síntesis de M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones* (traducción castellana de C. Álvarez Alonso, Trotta, 1996).

han seguido hasta nuestros días, no son sino variantes de una concepción única¹⁴ en cuyo centro están aquéllos. La constitucionalización de los derechos, la imputación de su origen a la voluntad del constituyente, permite explicar el lugar que ocupan dentro del sistema, no elimina ni resuelve el inmenso problema teórico que plantea la relación entre derechos humanos, legitimidad del poder y validez del derecho positivo, un problema que no basta a resolver por sí solo el principio democrático, el reconocimiento de la propia comunidad como titular del poder. La conciliación del poder de la comunidad con los derechos de los individuos, de la autonomía pública con la privada, lleva inevitablemente a poner el acento en la función limitativa de los derechos, dejando en la sombra la función primaria de éstos como derechos de unos hombres frente a otros y justificación del poder. Tras una revisión crítica de los esfuerzos realizados para lograr lo que llama «paradójica fundamentación de la legitimidad en la legalidad», especialmente los gigantescos de Rousseau y Kant, Habermas intenta conseguirlo, aplicando su teoría discursiva del Derecho.

La conexión interna entre derechos humanos y soberanía popular radica en el hecho de que el sistema de los derechos ofrece justamente las condiciones que permiten la institucionalización jurídica de las formas de comunicación necesarias para una creación del derecho políticamente autónoma.

Por eso «ese sistema ha de incluir precisamente aquellos derechos (fundamentales) que los ciudadanos se han de reconocer recíprocamente si quie-

¹⁴ Para Kriele (*Einführung in die Staatslehre*, Rohwolt Verlag, 1975, pp. 149-164), que resta todo valor a esa polémica, el derecho originario, el *Ur-Grundrecht* viene de la cláusula de la Magna Charta que prohíbe que ningún hombre libre sea condenado, preso, desposeído, degradado, exiliado o perjudicado de cualquier otra forma, si no es mediante un juicio fundado en derecho. La decisión del juez Coke de extender este *Ur-Grundrecht* a todos los hombres libres es la madre de todos los derechos fundamentales. Incluso la libertad religiosa puede ser considerada simplemente como una aplicación concreta de este derecho originario. Para Habermas, lo que podríamos llamar distintas formas de «invención histórica» de los derechos que ahora llamamos fundamentales deban ser entendidas como «distintas lecturas, contextualmente determinadas, del mismo sistema de derechos» (*Faktizität und Geltung*, 4.^a edición, Suhrkamp, 1994, p. 162; hay traducción castellana: *Facticidad y validez*, Trotta, 1998). Este sistema único es el que el mismo Habermas ofrece como construcción teórica, a partir de la idea de que los «derechos fundamentales» son primariamente derechos horizontales.

ren regular su vida en común mediante un derecho positivo legítimo»¹⁵. Si esta deslumbrante construcción logra o no su propósito, es cosa que aquí no importa y sobre la que, por lo demás, no podría yo aventurar opinión alguna en este trabajo¹⁶. Su cita en él se justifica, en todo caso, aparte su valor intrínseco, porque expresa con claridad meridiana las razones por las que la teoría del Estado de Derecho se vio obligada a dejar en el olvido la conexión entre derechos humanos y fines del Estado, y se ha construido hasta nuestro tiempo exclusivamente sobre la idea de los derechos fundamentales, los que limitan el poder, no los que le imponen la obligación positiva que justifica su existencia, la de asegurar el derecho de unos hombres frente a otros a sus vidas, sus libertades y sus pertenencias¹⁷.

La concepción de los derechos fundamentales como límites del poder se encuentra sometida en nuestro tiempo a la acción de dos teorías contrapuestas. De una parte, la que pretende reforzar ese carácter, sometiendo a control

¹⁵ La tesis de Habermas se expone sobre todo en los capítulos Tercero y Cuarto de *Faktizität und Geltung*, cit. Los pasajes citados, que traduzco con alguna licencia, aparecen en las páginas 134 y 151. Estos derechos que los ciudadanos han de reconocerse recíprocamente configuran el sistema teórico de los derechos fundamentales, que Habermas propone y que está integrado por: 1) derechos que derivan del derecho a gozar en la mayor medida posible de iguales libertades de actuación; 2) derechos derivados de la configuración políticamente autónoma del status de miembro en una comunidad jurídica voluntaria; 3) derechos derivados de la accionabilidad de los derechos y de la configuración políticamente autónoma de la protección mediante el derecho y 4) derecho a participar en condiciones de igualdad en los procesos de formación de la opinión y de la voluntad mediante los que los ciudadanos ejercen su autonomía política y a través de los cuales crean derecho legítimo. De estos cuatro derechos deriva a su vez un derecho (5) a que se aseguren condiciones de vida sociales, técnicas y ecológicas que permitan gozar por igual de los derechos anteriores (*ibid.*, pp. 155-157). Una vez creado el poder que ha de asegurar el derecho positivo, estos derechos son concebidos primordialmente como derechos frente a él, como derechos de defensa (*ibid.* 214).

¹⁶ El problema de la conexión entre derechos humanos y soberanía se resuelve hoy por lo general apelando a lo que cada vez con más frecuencia se llama «constitucionalismo». De la estructura de esta solución, que realmente elude el problema filosófico, nos ocupamos más abajo, en relación con los derechos fundamentales.

¹⁷ Por lo demás, Habermas incluye entre los derechos indispensables también algunos derechos de contenido positivo, a prestación.

La existencia de este doble componente en la noción de derechos humanos, como derechos «horizontales», de unos hombres frente a otros, y derechos «verticales», frente al poder, es, a juicio de Bloch, una proyección de la disociación entre el *pactum associationis* y el *pactum subjectionis* típica del iusnaturalismo racionalista y anulada por Hobbes. Vid. E. Bloch, *Derecho Natural y dignidad humana* (traducción castellana de F. González Vicén, Aguilar, 1980).

judicial el respeto del legislador a los derechos. Frente a la postura tradicional del constitucionalismo europeo, que dejaba a la ley plena libertad para interpretar los preceptos constitucionales, y por tanto para determinar el contenido real de los derechos allí enunciados, se impone cada vez con más fuerza la visión norteamericana, que hace del juez el intérprete supremo de la Constitución y en consecuencia sujeta a control judicial también la obra del legislador. Como este control sólo es plenamente eficaz para invalidar decisiones legislativas, no para forzar al legislador a dictar normas, esta influencia del modelo norteamericano viene a reforzar sin duda la equiparación entre derechos fundamentales y derechos límite. Frente a esta tendencia, en sentido diametralmente opuesto, actúa otra que afirma la necesidad de incluir en el repertorio de los derechos constitucionalmente garantizados algunos de nuevo tipo, que obligan al Estado a prestaciones determinadas de bienes o servicios, o que acentúa el llamado «aspecto objetivo» de los derechos fundamentales tradicionales, de cuyo enunciado deriva una obligación positiva de «prestaciones normativas», es decir, la obligación del legislador de dictar normas que protejan esos derechos (más precisamente, los bienes o libertades que son su objeto) en las relaciones interindividuales; en definitiva, que concibe los derechos no sólo como límites del poder, sino también como finalidades necesarias de su acción. El marco en el que se despliega la acción de estas fuerzas contrapuestas es el de la teoría del Estado de Derecho, de la que nos ocupamos a continuación.

III. EL ESTADO DE DERECHO. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE UNA IDEA

El principio normativo de la sumisión del poder al Derecho está en las raíces de nuestra civilización y, probablemente, de todas las civilizaciones. Como la idea del Estado de Derecho no es sino una manifestación específica de este principio normativo universal, el inicio de su historia puede llevarse en consecuencia hacia atrás tan lejos como se quiera¹⁸, pero aunque estos antecedentes lejanos ayuden a comprenderla e incluso a explicar su nacimiento, la idea en cuestión, en su forma actual, es producto de la confluencia de dos nociones elaboradas en un lugar y un tiempo determinados, la noción alemana del *Rechtstaat* y la anglosajona de la *rule of law*.

¹⁸ Así, por ejemplo U. Scheuner, «Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates», en E. Forsthoft (editor) *Rechtsstaatlichkeit und Sozialsstaatlichkeit* (Darmstadt, 1968), pp. 469 y ss. Scheuner, por supuesto, se refiere al pensamiento y a las instituciones anteriores al siglo XIX simplemente como precedentes de la idea decimonónica del Estado de Derecho.

Es cierto que, como afirmó Otto Mayer, sería un error creer que la idea de Estado de Derecho sea una peculiaridad del pensamiento germánico. La idea alemana del *Rechtstaat* no es muy distinta de la francesa del *État legal*, aunque se teorice de modo distinto, ni estuvo menos sujeto al Derecho el Estado francés de la Tercera República que el alemán del Segundo Reich, sino probablemente más. Pese a ello, es en Alemania en donde surge la expresión y es la doctrina alemana la que elabora una noción que, desde allí, se ha extendido a la doctrina de otros países¹⁹, cuyos textos constitucionales han recogido también, en no pocos casos, la expresión²⁰. Es pues la doctrina alemana la que necesariamente se ha de tomar como punto central de referencia para hacer la historia de esa noción²¹.

Esa historia es, sin embargo, la historia de la Teoría del Estado, una gigantesca construcción que sería ridículo intentar resumir aquí. Lo único que cabe es señalar algunos hitos significativos en el proceso que lleva desde una visión que podríamos llamar teleológica, en la que el Estado de Derecho se define como tal en razón de su finalidad específica, hasta la pura formalización del concepto, a partir de la cual, y ya en nuestra época, la noción de fin vuelve a formar parte del concepto. Y todo ello, como es obvio, desde la perspectiva de los derechos humanos y fundamentales.

El origen de la noción (no de la expresión, que no llegó a utilizar) se suele atribuir a Kant, en cuyo pensamiento se depura la idea de contrato

¹⁹ García Pelayo se ocupa de ella tanto en el *Derecho constitucional comparado* (capítulo VI, 1, 4) como en *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (I, 10) y, más tarde, «Estado constitucional y Estado legal de Derecho», recogido en *Obras completas* (CEC, Madrid, 1991), vol. III, pp. 3027 y ss. Dedicó un trabajo monográfico excelente a «La idea de Estado de Derecho en F.J. Stahl», incluido inicialmente en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro homenaje al profesor Antonio Truyol Serra* (CEC, Madrid, 1986) y recogido ahora en sus *Obras completas*, vol. III, pp. 3015 y ss.

²⁰ K-P Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen* (Mohr Siebeck, 1997), p. 49. En esta misma obra (pp. 205-206) se ofrece una larga relación de Constituciones europeas y americanas que han incorporado la expresión.

La cita de Mayer, que tomo de Sommermann, procede de su *Deutsches Verwaltungsrecht*.

²¹ Como se ha dicho muchas veces, es probable que el hecho de que la doctrina alemana se esforzase por integrar en una teoría jurídica del Estado las ideas que en otros países de Europa (Inglaterra y Francia sobre todo, pero no sólo en estos) se ofrecía directamente como elementos de una teoría política, se deba en buena medida a la imposibilidad de hacer política en la que se encontraban los súbditos de las monarquías germánicas. De esta separación incoada entre política y Derecho se intentarían extraer, ya en nuestro siglo, consecuencias a las que aludiremos después.

social. Un contrato que no es instrumento al servicio de una finalidad extrínseca, pues con él «se fundamenta el derecho de los hombres a vivir bajo leyes respaldadas por la coacción pública, merced a las cuales se da a cada uno lo suyo y se le asegura frente al ataque de los demás»; es decir, en una sociedad sometida al Derecho, que es «la limitación de la libertad de cada uno como condición de su coexistencia con la libertad de los demás, en la medida en la que esto es posible según una ley general». El contrato social es el acto fundacional del Estado, cuya finalidad es en consecuencia la creación del Derecho (positivo): el establecimiento y aplicación de normas que aseguren «la libertad de todos los miembros de la sociedad en cuanto hombres» y «la igualdad de cada uno de ellos con todos los demás en cuanto súbditos». El Estado se define por su servicio al Derecho, es decir, en cuanto que las referencias a la igualdad y la libertad (e incluso al *suum cuique*) no pueden ser entendidas de otro modo, a los derechos humanos.

En virtud de esta orientación individualista hacia los derechos, la ruptura de esta concepción del Estado con las que justifican su existencia por su calidad de instrumento al servicio de finalidades trascendentes, religiosas o seculares, es patente. Incluso con aquéllas que lo incardinan a una finalidad immanente, referida a los individuos mismos, pero definida y administrada desde el poder. La noción kantiana del Estado no es ya la del Estado policia del despotismo ilustrado.

La definición del Estado en razón de su fin, como instrumento de los derechos, no puede hacerse, sin embargo, sin tomar en cuenta los medios. La simple referencia a categorías formales (libertad, igualdad, lo suyo de cada uno) no basta para asegurar la justicia del derecho positivo, su validez moral. Como «nadie puede ser injusto consigo mismo», el medio indispensable para asegurar la validez del Derecho es encomendar su creación a «leyes públicas», leyes que expresen la voluntad pública de ciudadanos unidos y autónomos²². El Estado está al servicio de los derechos, pero no hay derechos materiales concretos que el Estado deba asegurar y respetar, sino sólo aquéllos que, por ser obra de la voluntad pública, son necesariamente valiosos.

²² Kant expone sus ideas sobre el Estado en diversos escritos y en especial en la tesis *Sobre el lugar común «esto puede ser verdad en teoría...»*, el célebre opúsculo sobre *La paz perpetua* y la *Metafísica de las costumbres*. Para el breve resumen del texto he seguido el de Habermas (*op. cit.*, pp. 121-123).

La racionalidad del Derecho positivo, la adecuación de éste a su idea, queda así asegurada en la teoría kantiana por la vinculación de la creación de la norma a la voluntad pública. Como ha dicho Ingeborg Maus:

La unión de los componentes materiales y formales que, según frecuentemente se dice, es propia del concepto del Estado de Derecho del primer liberalismo, significa en Kant que los componentes materiales quedan subsumidos en los formales²³.

Subsumidos, no abolidos, pues es evidente que la forma necesaria, la voluntad pública, es a su vez dependiente de los derechos que ha de realizar. Por eso, para que la conexión sea lógicamente necesaria, es indispensable que esta voluntad pública, como la *volonté générale* rousseauiana, sea concebida como una voluntad ascética, desprendida de los intereses concretos, particulares, de los individuos reales. Paradójicamente, esta visión ascética de la voluntad pública se acomoda más fácilmente a la doctrina oficial de Estados contruidos sobre el principio monárquico, gobernados por monarcas que retienen la soberanía aunque asocien a su ejercicio, en un ámbito importante, pero limitado, a unas Cámaras representativas, que a aquellos otros (en la época, aquel otro) en los que la voluntad pública es la voluntad real de un Parlamento real.

Pero si en la construcción filosófica del Estado de Derecho puede identificarse éste como única finalidad de aquél y basta con apuntar la tensión entre fines y medios, entre materia y forma, la teorización jurídica de la idea ha de introducir en el esquema finalidades de los Estados reales que *prima facie* no se identifican con la creación y aplicación del derecho, y resolver, en favor de uno u otro término, la mencionada tensión.

Esa teorización se inicia con la obra de Robert von Mohl²⁴, en la que el concepto de Estado de Derecho, con valor tanto descriptivo como normativo, se nos presenta como término final de una sucesión de formas políticas que, en cierta forma, reflejan el progreso del espíritu humano. El fin perseguido por el Estado ha de concordar siempre, dice von Mohl,

²³ Ingeborg Maus «Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats», en Mehdi Tohidipur (editor), *Der bürgerlichen Rechtsstaats* (Suhrkamp, 1978) p. 16.

²⁴ Sobre usos ocasionales del término *Rechtsstaat* anteriores a von Mohl, *vid.* U. Scheuner, *op. cit.*, p. 461.

con la opinión del pueblo (*Volksansicht*) al que sirve de instrumento. A una opinión orientada hacia la religión, corresponde un Estado teocrático; a la preocupada por lo material (*sinnlich*), el despotismo; a aquélla en la que predominan los derechos privados, el Estado patrimonial; a la que se centra en la familia, el Estado patriarcal; a la orientada hacia finalidades que son a la vez materiales y racionales (*sinnlich-vernünftigen*), el Estado de Derecho²⁵.

En éste, lo que cada uno de los miembros de la sociedad quiere y pretende ha de ser querido también por la propia sociedad y en consecuencia:

El Estado de Derecho no puede tener otra finalidad que la de ordenar la vida en común del pueblo de tal forma que cada uno de los miembros de éste reciba apoyo y estímulo para usar y aprovechar sus fuerzas de la manera más libre y completa que sea posible²⁶.

En una sociedad dominada por esta opinión,

«el principio supremo es el de la libertad del ciudadano»²⁷. «El apoyo del Estado (al individuo) sólo puede ser por eso negativo, ha de reducirse a eliminar los obstáculos que resultan demasiado pesados para las fuerzas individuales»²⁸. «El fin del Estado es el de remover los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de las fuerzas de los ciudadanos»²⁹.

Esos obstáculos son de dos géneros distintos, según vengan de la actividad de otros hombres o de la fuerza de circunstancias exteriores. Para remover los primeros, los que se originan en la actividad antijurídica de los demás, el Estado ha de dictar normas positivas y establecer la organización

²⁵ R. v. Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft aus den Grundsätzen des Rechtsstaates* (Tübingen 1844, vol I), p. 5.

²⁶ *Ibid.*, p. 8.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, página 9. A juicio de Sommermann (*op. cit.*, p. 50), esta frase evidencia que von Mohl tiene un concepto «material» del Estado de Derecho, que enlaza con la noción de Estado social de nuestro tiempo. Eso explica, dice, que la encontremos repetida, en términos muy parecidos, como norma sobre la determinación del fin del Estado (*Staatszielbestimmung*), en las Constituciones italiana (artículo 3.2) y española (artículo 9.2).

necesaria para imponer su respeto³⁰. Para eliminar los segundos, ha de desarrollar una actividad de «policía», es decir de administración³¹.

Aunque el concepto del Estado de Derecho acuñado por von Mohl es, como el de Kant, un concepto que cabría llamar teleológico, puesto que es la finalidad perseguida por el Estado la que determina su forma, hay en él, junto con elementos nuevos, una mayor atención a las exigencias puramente formales que la realización del Derecho implica para la estructura y el funcionamiento del Estado. El hombre no es visto sólo desde la perspectiva de la razón³², sino también desde la realidad material, como ser menesteroso y en consecuencia el Estado de Derecho, para serlo, ha de llevar a cabo, junto a la actividad puramente *jurídica*, de creación y aplicación de normas, una actividad *administrativa*, prestacional. Aunque para algunos esta concepción, que todavía ve en la realización de la libertad y la igualdad el fin necesario del Derecho, no significa en modo alguno una formalización del concepto e incluso permite considerar a von Mohl como un precursor de la idea del Estado social, en ella se encierra ya, para otros, el comienzo de una evolución que reduce la idea de Estado de Derecho a pura forma, cuyo significado se agota en el sometimiento de la Administración a la ley, en tanto que el contenido de la ley misma, e incluso su vinculación a la voluntad pública, dejan de ser relevantes³³.

³⁰ El jugoso texto de von Mohl (*op. cit.*, p. 10) es el siguiente: «Frente a las intromisiones hostiles de los hombres, instituye (el Estado), la jurisdicción, la justicia. Dicta normas para determinar los límites del círculo jurídico de cada uno; prohíbe las intromisiones lesivas en ese ámbito mediante la intimación de penas; establece, cuando es necesario, instituciones para prevenir las amenazas contra el derecho; instauro, por último, jueces que investigan las quejas de los ciudadanos o que, de oficio, averiguan las violaciones del derecho y, a continuación, resuelven los litigios de acuerdo con la ley, o tienen que castigar a los infractores en la forma prevista.»

³¹ Sobre el concepto de policía, *ibidem*, p. 10, nota 2. Las ramas de la Administración de las que von Mohl se ocupa son la sanitaria («Protección estatal de la vida y la salud de los ciudadanos»), la de beneficencia o «de pobres» («Ayuda para la alimentación de indigentes») y la educativa (que incluye, junto con la enseñanza, la formación moral, la religiosa y la artística).

³² Quizás hay que recordar, sin embargo, que aunque con cierta quiebra de la coherencia interna de su pensamiento, también Kant encomendaba al Estado el cuidado de los pobres, el mantenimiento de viudas y ancianos y la creación y sostén de hospitales. Llega a hablar incluso del *Daseinsvorsorge* como tarea propia del Gobierno. *Vid.* Sommermann, *op. cit.* pp. 37-38 y bibliografía allí citada.

³³ Para la visión positiva, que es la más extendida, *vid.*, además del libro de Sommermann repetidamente citado, W. Böckenförde, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbe-

Sin entrar en esa polémica, sí cabe afirmar que el paso primero y decisivo hacia la pura formalización del concepto de estado de Derecho se da en la obra en cierto modo paradójica de F.J. Stahl, un autor que se inscribe en la corriente más conservadora de la derecha hegeliana e ideológicamente situado por tanto a los antípodas de von Mohl. Pese a ello, asume la idea típicamente liberal del Estado de Derecho y da de éste una definición que es poco menos que punto de partida obligado para todo el pensamiento posterior³⁴. Aunque utiliza una concepción del Derecho, de lo jurídico, no exenta de consecuencias materiales, afirma rotundamente que la noción de Estado de Derecho no hace referencia a los fines del Estado, sino sólo al modo que éste tiene de realizarlos, a la forma. Como al mismo tiempo y de manera no menos rotunda, Stahl afirma que «Derecho y derecho positivo son ...conceptos equivalentes. No hay más derecho que el derecho positivo»³⁵, no parece exagerado entender que en él se encuentra ya en cierto modo prefigurada la monumental construcción positivista que terminaría por eliminar de la noción de Estado de Derecho todos los vestigios de una legalidad suprapositiva, llevando hasta el final su formalización. Los elementos materiales, los derechos humanos, quedan latentes (quizás incluso se los da por supuestos), pero durante décadas desaparecerán de la teoría y los derechos fundamentales subsisten sólo como formas vacías de contenido preciso, como elementos de una estructura puramente formal con la que se identifica el Derecho. Estado de Derecho es el que acomoda a Derecho la intromisión del poder en la libertad o la propiedad de los individuos, pero el Derecho es pura forma,

griffs», en *Staat-Gesellschaft-Freiheit* (Frankfurt, 1976). Para la visión crítica, I. Maus, en *op. cit.*, con abundante bibliografía.

³⁴ De clásica e incluso canónica la califica García Pelayo, en la obra citada *supra* en nota 37. Su texto (*Philosophie des Rechts*, Bd. II, *Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christlichen Weltanschauung*, Abt. 2.^a reimpresión, Darmstadt, 1963, p. 137) es el siguiente: «El Estado ha de ser Estado de Derecho; ésta es la consigna y en verdad, también la tendencia de los tiempos nuevos. Ha de utilizar el Derecho para determinar con precisión y asegurar de modo inquebrantable, tanto las vías y los límites de su actividad como la esfera de libertad de sus ciudadanos. No ha de llevar la realización estatal, es decir, directa, de las ideas morales, más allá de lo que es propio de la esfera jurídica, esto es, reducir la coacción a lo estrictamente indispensable. Este es el concepto de Estado de Derecho, no que el Estado se limite a la aplicación del ordenamiento, o simplemente a la protección plena de los derechos individuales. El Estado de Derecho no hace referencia a la finalidad y el contenido del Estado, sino sólo al modo y manera de realizarlos».

³⁵ *Philosophie des Rechts*, *cit.*, p. 221.

como se diría más tarde, el lenguaje necesario del poder, no un límite material para su actuación.

La principal exigencia que se deriva de la idea de Estado de Derecho es, en consecuencia, la que afecta a la estructura estatal. El Estado de Derecho exige una separación de poderes, con una distinción neta entre la función legislativa, la ejecutiva y la judicial. La creación del derecho queda reservada en exclusiva a la ley, pero la identificación de ésta con la voluntad *pública* de la teoría kantiana, se difumina poco a poco. Incluso la forma necesaria que inicialmente se postula para la ley, la de que ésta se produzca como norma general y abstracta, se va debilitando poco a poco y a partir de Laband, como se sabe, el único criterio distintivo de la ley, el rasgo al que se anuda su fuerza específica, será su origen.

La sujeción del Estado al derecho significa simplemente sujeción del Ejecutivo a la norma aprobada por el Parlamento, sean cuales fueren su forma y su contenido. Pero es una sujeción cada vez más acentuada. El largo debate sobre la reserva de ley, la delimitación del ámbito en el que la actuación de la Administración requiere una previa decisión del legislador se va ampliando insensiblemente. La fórmula se mantiene durante largo tiempo sin apenas cambio: la ley es necesaria para la injerencia de la Administración en la libertad y la propiedad de los individuos, es decir, en sus derechos. El modo de entenderla evoluciona sin embargo con el tiempo y la idea de la vinculación meramente negativa de la Administración a la ley va siendo sustituida por la de la vinculación positiva. La Administración no puede hacer todo lo que la ley no le impide, sino sólo aquello para lo que la ley la habilita³⁶.

Junto con este proceso de ampliación del ámbito de la actividad administrativa sujeta a la ley, y naturalmente en estrecha conexión con él, discurre el de afirmación del control judicial de dicha actividad y el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Al final de esta evolución, el Estado de Derecho significa, según un célebre texto de Richard Thoma:

Omnipotencia de la ley, pero sólo de una ley que deje espacio a la libre iniciativa; responsabilidad jurídica (*justizmässige*) del Estado y de los funcionarios por la violación culpable de los límites impuestos por la ley; garantía, mediante

³⁶ Vid. U. Scheuner, *op. cit.*, pp. 481-482.

tribunales administrativos y autoridades independientes, frente a la utilización inadecuada o partidista de la ley; finalmente: creación de un Derecho Público minucioso mediante la reelaboración jurídicamente avanzada de una legislación que hasta ahora ha estado excesivamente dominada sólo por consideraciones políticas y técnicas³⁷.

Ya no hay ni rastros de la idea que vinculaba el Estado a la realización de los derechos humanos; el legislador omnipotente goza de plena libertad para definir el bien común y perseguirlo por los medios que considere adecuados, sin verse limitado por supuestos derechos o libertades garantizados por un Derecho superior³⁸. Y tampoco de los derechos fundamentales queda gran cosa en este «Estado de Derecho Administrativo bien ordenado»³⁹. Sólo esa oscura alusión a la necesidad de que la ley que sujeta a la Administración deje espacio a la «libre iniciativa» del individuo sugiere la existencia de alguna limitación material, substantiva, al poder del legislador. Pero se trata, en todo caso, de una necesidad política, no jurídica. El legislador no choca con derechos que haya de respetar, pues los que la Constitución enuncia o garantiza no tienen otro contenido que el que el propio legislador les atribuye y quizás ni siquiera para proteger la libertad del sujeto, sino en atención a otros fines. De la idea de que el Estado de Derecho tiene como finalidad la creación del derecho positivo para hacer realidad los derechos humanos y está limitado por unos derechos preexistentes cuya positivización es condición inexcusable de la legitimidad del poder, se ha pasado a una situación en la que, en un pasaje que encuentro más bien patético, Jellinek ha de oponerse a quienes ven en los derechos individuales simples «derechos reflejo»⁴⁰.

³⁷ «Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft», en *Jahrbuch des oeffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 4 (1910), p. 214. La cita en Sommermann, *op. cit.*, p. 55.

³⁸ El Estado de Derecho implica la existencia de «un poder legislativo ilimitado... que en interés del bien común puede imponer nuevas ordenaciones de la vida en común, por encima de todos los derechos, libertades y situaciones establecidas»... «Se abandona la idea de Estado de Derecho cuando se pretende subordinar el Estado en su totalidad a un Derecho absoluto situado más allá del poder normativo de los hombres; se la entiende adecuadamente si se la interpreta como una exigencia de plena legalidad y juridicidad de la Administración y de la Justicia dentro de la ley» *Ibid.* pp. 201 y 204.

³⁹ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I (Munich-Leipzig, 1924), p. 58.

⁴⁰ *Allgemeine Staatslehre* (reimpresión, Kronberg, 1976), pp. 417 y ss. El pasaje es aquél en el que Jellinek se opone tanto a quienes identifican los «derechos públicos subjetivos» con derechos privados, como a quienes niegan su posibilidad porque en el ámbito del

Aunque este modo de concebir el Estado de Derecho, que es el que se impuso en la práctica de los Estados continentales europeos en el siglo XIX, venía siendo objeto de críticas desde mucho tiempo atrás, su derrumbamiento no se produce hasta el término de la Primera Guerra Mundial, con la quiebra en Alemania de la «monarquía constitucional». Con la instauración de un régimen democrático y la consiguiente presencia en el Reichstag de fuerzas políticas que ponen en cuestión el orden social y económico hasta entonces imperante, comienza a cuestionarse también la racionalidad de la ley, se quebranta la fe en el legislador. Las primeras apelaciones a unos «derechos» que están más allá de la ley y que ésta por tanto ha de respetar, vienen en consecuencia de grandes juristas de la derecha, en tanto que los más próximos a la izquierda defienden, de manera en cierto modo paradójica, la concepción positivista de la absoluta supremacía de la ley⁴¹. El trágico final de la República de Weimar puso también término, sin embargo, a estos intentos de revisar la idea de Estado de Derecho para introducir en ella la de la vinculación del legislador a los derechos, que sólo habían dado frutos fuera de Alemania, con la introducción de un innovador sistema de jurisdicción constitucional en Austria, Checoslovaquia y, más tarde, España⁴². En torno a 1933, estos intentos son sustituidos por una construcción más novedosa, dirigida no hacia la potenciación de los derechos, sino hacia su destrucción. El concepto tradicional del Estado de Derecho es condenado como una antigüalla puramente formal e inservible, en lugar de la cual ha de colocarse una idea que determine el Estado, no en razón de la función que el Derecho desempeña al determinar «las vías y límites de su actividad», para emplear la expresión de Stahl, sino en atención a su finalidad, que

derecho público sólo caben los «derechos reflejo», es decir, aquéllos que la norma objetiva concede en atención a fines generales, no para respetar unos (imposibles) derechos de quienes se benefician del «reflejo». Por lo demás, la fundamentación que Jellinek propone para justificar la necesidad de los derechos públicos subjetivos, tan criticada, no está muy lejos de la que hoy propone Habermas para explicar la necesidad de que el derecho positivo fundamente su propia validez en el servicio a estos derechos como condiciones de posibilidad de un diálogo libre entre iguales.

⁴¹ Ingeborg Maus, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

⁴² Conviene recordar aquí que, sobre todo en Austria y Checoslovaquia, ese «detronamiento de la ley» que la jurisdicción constitucional implica, había sido inspirado y conducido por el más destacado representante del positivismo. Por otra parte, ya se entiende que el texto no pretende establecer una relación de causa a efecto entre el final de la República de Weimar y el de la Segunda República española, aunque es evidente que alguna conexión hubo entre ambas tragedias.

ahora, sin embargo, no será la realización de los derechos humanos, sino la de la justicia. El Estado «material» de Derecho había de ser el Estado de Justicia, el instrumento de su realización; en el caso, naturalmente, el instrumento para realizar la justicia adecuada a la raza, a la comunidad de «sangre y tierra»⁴³.

La revisión sería de la idea de Estado de Derecho, en la teoría y en la práctica, se lleva a cabo, sin embargo, mucho después, al término de la Segunda Guerra Mundial, y en buena medida determinada por los horrores que acompañaron, en Alemania y fuera de ella, a la implantación de ese peculiar «Estado de Justicia».

Frente a la concepción del Estado de Derecho que ahora se denomina «formal», o quizás más precisamente, junto a ella⁴⁴, se ofrece una concepción que, de manera algo equívoca, suele llamarse también «material».

El rasgo definitorio de esta nueva concepción es el de la primacía de los derechos, de manera que, como se ha dicho, mejor que de Estado de Derecho habría que hablar de Estado de los Derechos. No basta ya con asegurar la sumisión del Ejecutivo a la ley, sino que es necesario garantizar también la del legislador a unos derechos de contenido concreto que la ley no puede violar o ignorar y cuya defensa ha de quedar, en consecuencia, en manos del juez. Esta atribución al juez de la función de garantizar los derechos, incluso frente al legislador, es la que permite decir que la concepción actual del Estado de Derecho recibe elementos de la noción paralela, pero distinta, de la *rule of law*, que ha habido una confluencia entre la vieja noción continental y la anglosajona. Una confluencia de la que resulta, paradójicamente, una formalización del concepto de derechos fundamentales.

Aunque en su forma clásica, la británica, la *rule of law* no significa, en efecto, que el juez tenga poder para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sino sólo para interpretarlas de acuerdo con los derechos que forman parte de una Constitución no escrita⁴⁵, la versión más influyente es

⁴³ *Ibid.*, pp. 42 y ss. Vid. además, Sommermann, *op. cit.*, pp. 205-223 y Scheuner, *op. cit.* pp. 487 y ss.

⁴⁴ Esa vieja concepción formal suele calificarse también de positivista, pero la pertinencia del adjetivo me parece cuestionable por más de una razón. La nueva concepción «material», que entronca con las experiencias positivistas de Austria y Checoslovaquia mencionadas, no significa en modo alguno un regreso al iusnaturalismo, sino a lo sumo una positivización de un principio de raíz naturalista, el de la dignidad de la persona.

⁴⁵ «El Parlamento es el legislador supremo, pero a partir del momento en el que ha expresado su voluntad como legislador, esa voluntad queda sujeta a la interpretación de los

la norteamericana, que al aplicar la lógica de la *rule of law* a un sistema de Constitución escrita, ha conducido a la *judicial review of legislation*, a la atribución al juez de la potestad de inaplicar la ley inconstitucional, o en la versión europea, a declarar su invalidez, a anularla. La instauración de la jurisdicción constitucional, sea cual sea el modelo, lleva inevitablemente a identificar como derechos fundamentales aquéllos que, sea cual fuere su contenido, quedan bajo la salvaguardia del juez que juzga desde ellos la obra del legislador. La existencia de una jurisdicción constitucional como elemento necesario de lo que se llama «Estado material de Derecho» o, alternativamente, «Estado constitucional moderno», y sobre todo la caracterización de los derechos fundamentales como «derechos frente al legislador», según una definición cada vez más generalizada, desvinculan estos derechos de cualquier idea de legalidad supraempírica, son nociones estrictamente positivistas. Pero además, y como antes se ha apuntado, la utilización de este rasgo como criterio definitorio de los derechos fundamentales exige que éstos tengan una estructura tal que el juez pueda garantizar eficazmente su vigencia, y esa condición sólo se da cuando la obligación que imponen al legislador es la pura obligación negativa de respetarlos o, a lo sumo, establecen principios a los que ha de acomodarse la propia estructura del poder (por ejemplo, principios procesales), no cuando le obligan a crear estructuras y apropiarse fondos para la prestación de bienes y/o servicios, cuyo contenido concreto también ha de determinar. La caracterización puramente formal, positivista, de los derechos fundamentales, no ofrece respuesta alguna para el difícil problema de la interpretación judicial de los derechos, pero no crea problemas estructurales cuando el repertorio de estos derechos es el de los clásicos derechos de libertad y defensa, como en Norteamérica. Cuando a estos derechos se añaden otros derechos de prestación no puramente normativa, de prestación en sentido estricto, en la

jueces del país, y los jueces, que están tan sujetos a sus propios sentimientos como al espíritu general del *common law*, tienden a construir las excepciones estatutarias de los principios del *common law* de una manera muy distinta a la que emplearía un cuerpo de funcionarios o la misma Cámara de los Comunes, si tuviera que interpretar sus propios enunciados». A. V. Dicey, *The Law of the Constitution* (6.^a edición, Londres, 1902), p. 357.

«Los principios generales de la Constitución (como por ejemplo el derecho a la libertad personal, o el de reunión en público) son entre nosotros resultado de decisiones judiciales que determinan los derechos de personas privadas discutidos ante los tribunales» (*Ibid.*, p. 191). «Nuestra Constitución es una Constitución hecha por los jueces y tiene en consecuencia todos los rasgos, buenos y malos, del derecho de creación judicial» (*Ibid.*, p. 192).

terminología de Robert Alexy, sólo caben teóricamente dos soluciones, o bien la de admitir que el juez ejerza poderes claramente exorbitantes de su función propia, o bien la de admitir que estos derechos, aunque consagrados por la Constitución, no están cubiertos por la garantía judicial, no son derechos fundamentales. Esta última solución, que es la única que preserva la división de poderes, y la que predomina en Europa y resueltamente adopta la Constitución Española, reintroduce, aunque con un cambio importante, la noción original de los derechos humanos como derechos que el legislador ha de realizar, aunque ahora esa realización no comporte su positivización, sino la organización material de los servicios que han de satisfacerlos, no una prestación normativa, sino una prestación fáctica. Estos derechos nuevos, cuyo mejor ejemplo es quizás el derecho al mínimo vital, son derechos humanos en cuanto que derivados de la dignidad humana, pero no derechos fundamentales.

Hay que señalar, por último, que muchas de las Constituciones sobre las que se ha construido la nueva noción de Estado de Derecho, o que se han acomodado a ella, incorporan también al texto constitucional una referencia al origen de los derechos, a su fuente extra positiva o suprapositiva, para lo cual apelan a la noción de «dignidad humana». Esta apelación remite al Derecho Internacional, no sólo porque fue en el ámbito internacional en donde por primera vez se mencionó en un texto positivo la idea de dignidad humana como fuente de los derechos, sino sobre todo porque sólo una concepción universal de tal dignidad permite lógicamente designar como humanos los derechos que de ella derivan. Si el Estado de Derecho ha de ser una categoría universal con la que cabe contrastar cada uno de los Estados reales, los derechos que éstos han de realizar y/o respetar para merecer esa calificación no pueden ser simple creación de sus propios derechos positivos o de las respectivas opiniones públicas. Esta conexión⁴⁶ entre la

⁴⁶ Por lo demás, la doctrina utiliza ya habitualmente esa conexión para definir el Estado de Derecho, o la *rule of law*, expresiones hoy día sinónimas. Así, por ejemplo, Thomas Caruthers («The rule of law revival», en *Foreign Affairs*, n.º 77, 1998, pp. 95 y ss.): «The rule of law can be defined as a system in which the laws are public knowledge, are clear in meaning, and apply equally to everyone. They enshrine and uphold the political and civil liberties that have gained status as universal human rights over the last half-century. In particular, anyone accused of a crime has a right to a fair, prompt hearing and is presumed innocent until proved guilty. The central institutions of the legal system, including courts, prosecutors and police, are reasonably fair, competent, and efficient. Judges are impartial and independent, not subject to political influence and manipulation. Perhaps most important,

idea de Estado de Derecho y Derecho Internacional obliga, para concluir este trabajo, a hacer un análisis de la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales en ese campo.

IV. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La denominación de derechos humanos ha quedado de hecho reservada en nuestro tiempo para los consagrados bajo esa rúbrica en el ámbito internacional. Tan vinculada está la expresión a este nuevo uso, que en muchos textos autorizados se le atribuye exclusivamente esta acepción⁴⁷.

Aunque con anterioridad se suscriben Tratados que, como el de la abolición de la esclavitud⁴⁸, o de la trata de blancas⁴⁹, tienen como finalidad específica la protección de la libertad individual, esa acción se lleva a cabo por razones humanitarias o de justicia, no en defensa de los derechos humanos, un concepto cuya «internacionalización» es, como se sabe, un hecho relativamente reciente, ligado con la Segunda Guerra Mundial⁵⁰ y más específicamente con la creación de las Naciones Unidas, en cuya Carta se hacen varias referencias genéricas a los derechos⁵¹ y que acomete, desde su primera reunión, la tarea de especificarlos. Fruto de ella fue, tras el fracaso de proyectos más ambiciosos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁵².

the government is embedded in a comprehensive legal framework, its official accept that the law will be applied to their own conduct, and the government seek to be law-abiding».

⁴⁷ Así, por ejemplo, en la *New Encyclopaedia Britannica* (15.ª edición, 1992), en la que bajo el artículo «Human Rights», obra de Burns Weston, se dice «The expression Human Rights is relatively new, having come into everyday parlance only since World War II and the founding of the United Nations in 1945. It replaces the phrase “natural rights”, which fell into disfavor in part because of the concept of natural law...became a matter of great controversy, and the later phrase, “the rights of Man”»...

⁴⁸ Declaración del Congreso de Viena, de 8-2-1815.

⁴⁹ París, 18-5-1904.

⁵⁰ En el curso de la guerra, los derechos se invocan repetidamente como bandera de la causa aliada. Así, por ejemplo, en el «discurso de las cuatro libertades» del presidente Roosevelt, (6-1-1941), la «Carta del Atlántico», suscrita por Roosevelt y Churchill el 12-8-1941, la «Declaración conjunta de las cuatro naciones» (Moscú, 30-10-1943), etc.

⁵¹ Preámbulo y artículos 1.3, 55.c, 56.

⁵² Sobre la elaboración de la Declaración vid. por todos, E. Schwalb, *Human Rights and the International Community. The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights* (1964).

Aunque la relación entre la Declaración de 1948 y la de 1789, cuyas fórmulas reproduce a veces literalmente, es evidente y ha sido subrayada muchas veces⁵³, hay entre ambas divergencias significativas. Así, el artículo tercero de 1948, que enumera los derechos del individuo, además de no calificarlos de naturales, deja fuera uno de ellos, el de resistencia a la opresión, y, sobre todo, omite la precisión esencial de que la conservación de estos derechos es la finalidad de toda asociación política. Es evidente que esta omisión no significa que tales derechos no deban ser protegidos en las relaciones interindividuales, pero sí es razonable entenderla como signo de que no es la necesidad de imponer a los Estados esta obligación positiva de protección la que la Declaración intenta satisfacer. Un entendimiento que se ve reforzado, tanto por la referencia específica de la propia Declaración a este deber de protección en relación con algún derecho concreto⁵⁴, como por los leves pero significativos cambios que la definición de los derechos experimenta al juridificarse plenamente, tanto en el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención Europea de los Derechos Humanos⁵⁵. Los derechos enunciados en la Declaración son esencialmente derechos frente al poder, bien por tratarse de derechos que se dan sólo en el marco de una relación entre el poder y los sometidos, bien porque, aun teniendo como contenido una libertad que no sólo el poder puede violar, el deber internacional que directamente se deriva de él para el Estado es el de respetarla, no el de protegerla frente a terceros. Incluso los derechos de igualdad y no discriminación, cuya influencia sobre la configuración de las relaciones en el seno de la sociedad es obvia, pueden ser entendidos sólo como límites a la acción del Estado, no como fuente de una obligación correlativa de carácter positivo.

Junto a estos derechos clásicos, a los que se agregan otros de la misma naturaleza (a la vida, a la nacionalidad, a la no discriminación, etc.), que

⁵³ No sólo con la Declaración de 1789, sino incluso más generalmente, con las ideas de la revolución francesa. Parece razonable pensar que pudo ser el deseo de no dejar fuera ningún elemento del lema revolucionario el que llevó a la Comisión de las Naciones Unidas a incorporar en el artículo primero el mandato de que los hombres han de comportarse fraternalmente unos con otros.

⁵⁴ Así en el artículo 12, en relación con el derecho a la vida privada.

⁵⁵ En estos textos se introduce sin embargo la obligación estatal de proteger la vida mediante la ley. Una evolución, creo, bien significativa, es la que se produce en relación con el derecho a la vida privada. El deber estatal de protegerla mediante intromisiones arbitrarias se mantiene todavía en el Convenio, pero la intromisión expresamente prohibida por la Convención (artículo 8.º) es ya la de la autoridad pública.

antes de las barbaries de nuestro siglo no se había considerado necesario destacar, los preceptos finales de la Declaración, entre el 23 y el 28 (el 29 es el que contiene la célebre afirmación de que toda persona tiene deberes frente a su comunidad, sin especificar ninguno), contienen sin embargo derechos sociales, del mismo género que los que, según se indicaba antes, se han incorporado a muchas Constituciones modernas. Derechos que no son límites de la acción de Estado, sino fines necesarios de ésta. La Declaración es técnicamente sin embargo una simple recomendación de las previstas en el artículo 13 de la Carta. En la intención de sus autores no era derecho y aun hoy, y sin perjuicio del hecho de que, en virtud de una práctica reiterada, algunos de sus principios vinculen actualmente a todos los Estados, como parte del Derecho Internacional común, no tiene fuerza obligatoria, sino sólo persuasiva. No cabe por eso construir, partiendo únicamente de su texto, una explicación acerca de la obligación (simplemente de respeto, o también de realización) que los derechos enunciados pretenden imponer. Esa explicación, que, en su caso, llevará a distinguir entre derechos simplemente humanos y otros que son, además, fundamentales, sólo puede buscarse en el análisis de los Tratados derivados de la Carta. Antes de ello es necesario, sin embargo, hacer una breve referencia a la fundamentación que la Carta ofrece para los derechos enunciados.

Aunque se ha dicho que la diferencia sustancial entre la fundamentación de los derechos en la Declaración Universal y en las clásicas de los orígenes del constitucionalismo, radica en el hecho de que la Declaración Universal (o antes que ella el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas), «no invoca los derechos “naturales” ni ningún otro fundamento filosófico para los derechos humanos», la verdad es que en todos estos textos tales derechos se conectan con la dignidad de la persona humana y por mucho que «este valor se tenga como evidente»⁵⁶, no es lógicamente fácil atribuir igual dignidad a todos los hombres sin atribuirles también una naturaleza igual. La única vía es quizás la de sustituir la naturaleza por la opinión, poner la fuente de los derechos no en la dignidad humana, como realidad ontológica,

⁵⁶ Los textos entrecomillados con los que se polemiza pertenecen a la obra de Louis Henkin, *International Law, Politics, Values and Functions*, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. IV (1989), p. 215. Henkin define los derechos humanos como «those liberties, immunities and benefices, which *by accepted contemporary values* (subrayado nuestro) all human beings should be able to claim, as of right, of the society in which they live».

sino en la valoración que los hombres hacen de ella. Los derechos valen así porque así lo quieren los hombres; una fundamentación plausible, pero cuya suficiencia puede ser puesta en cuestión y efectivamente los ha sido por quienes, especialmente en el mundo islámico, ven en la afirmación del valor universal de los derechos un producto típico del pensamiento occidental, e incluso una manifestación o un instrumento del imperialismo⁵⁷.

La debilidad teórica de la fundamentación de los derechos en la dignidad humana⁵⁸ no priva a estos derechos de su validez como obra, por así decir, de un legislador universal, pero naturalmente la hace depender de la voluntad de éste. Esta es, entre otras, la razón del debate abierto, y aún no cerrado, con la transformación de los derechos enunciados en la Declaración en derecho positivo vinculante. El intento de llevar a cabo esa transformación mediante la inclusión de todos los derechos en un solo cuerpo normativo resultó imposible, de donde resultó la elaboración de dos Convenios distintos, que no se concluyó además hasta 1966, siendo necesario aún el transcurso de otra década para que estos textos lograsen el número de ratificaciones previsto para su entrada en vigor. La división entre los derechos «civiles y políticos» de una parte, y los «económicos, sociales y culturales» de otra, ha dado lugar a dos tesis contrapuestas: para unos, «derechos humanos» son sólo los primeros, los civiles y políticos; para otros, lo son por igual todos. En favor de esta última tesis se aduce el origen común y la deliberada utilización de preámbulos idénticos; en apoyo de la primera, la distinta naturaleza y el diferente régimen jurídico de los unos y de los otros. Los derechos civiles y políticos imponen a los Estados primordialmente una obligación negativa, de respeto; son esencialmente derechos de defensa. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen como correlato una acción positiva. La obligación impuesta por los primeros a los Estados es inmediata y plena; los segundos, por el contrario, los obligan sólo a actuar, en la medida que los recursos disponibles permitan, para lograr progresivamente el goce de los derechos enunciados.

⁵⁷ Un buen resumen de esta discusión y algunos textos interesantes pueden verse en Henry H. Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context. Law. Politics. Moral* (Clarendon Press, 1996).

⁵⁸ A esta fundamentación se añade otra por así decir funcional, que conecta los derechos con el mantenimiento de la paz, tanto interna como internacional, cuyo análisis lleva a conclusiones análogas.

En el fondo, como fácilmente puede comprender el lector, este debate se origina por la identificación entre dos conceptos que en los apartados anteriores de este trabajo hemos intentado diferenciar como género y especie: derechos humanos y derechos fundamentales. Como derechos derivados de la dignidad humana, requeridos para su pleno despliegue, etc., tan humanos son los unos como los otros. Derechos fundamentales, como derechos susceptibles de ser garantizados por una instancia externa (el juez frente al legislador, los órganos internacionales frente al Estado), sólo aquéllos que imponen una obligación negativa, sólo los derechos civiles y políticos.

El olvido de esta diferencia lleva frecuentemente a las instancias encargadas de garantizar la obligación negativa que imponen los derechos fundamentales (los órganos correspondientes de la comunidad internacional y en especial los tribunales internacionales de Derechos Humanos, en el orden internacional; los tribunales constitucionales en el interno) a invadir el ámbito de competencias propio de los poderes que han de *realizar* los derechos humanos en las respectivas sociedades. Una obligación que, dicho sea de paso, también la comunidad internacional ha de asumir cuando el Estado se derrumba, como ha sucedido en algunos países africanos, o es destruido por la propia comunidad internacional, para poner término a violaciones continuadas y graves de los derechos.

