

## TEORÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

César LANDA\*

RESUMEN: El proceso histórico de América Latina en los últimos veinte años ha traído consigo la democratización de la mayoría de sus países, así como la reforma total o parcial de sus Constituciones, caracterizada por la inserción de los derechos fundamentales del ser humano. No obstante, y a pesar de todos los esfuerzos realizados, este proceso ha sido lento y no siempre ha estado exento de los antiguos vicios de la región como el caudillismo, el militarismo y la extrema riqueza y pobreza. Frente a este problema, la dogmática y la justicia constitucionales deben revisar sus fuentes doctrinarias para otorgar a los derechos fundamentales un papel prioritario en el fortalecimiento del Estado constitucional latinoamericano.

ABSTRACT: The historical process of Latin America over the past twenty years has resulted in an opening up to democracy in the majority of its countries, and in an overall or partial reform of their Constitutions, characterized by an insertion of the basic rights of the human being. Nevertheless, and despite all the efforts made, this process has been slow and not always free from the old defects of the region, such as domination by political bosses, domination by the military and an extremity of poverty and wealth. Faced by this problem, Constitutional dogma and justice must review the source of their doctrine for the purpose of assigning a priority role to basic rights in the strengthening of the Latin American Constitutional State.

\* Profesor de derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

## I. PRESENTACIÓN

En América Latina a partir de la década de los ochenta, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo un masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevó adelante mediante reformas totales o parciales de las constituciones, que se caracterizaron básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales.<sup>1</sup>

Desde entonces, este cambio en los diferentes países latinoamericanos ha significado una gran transformación, en la medida que, matizadamente, tiene como común denominador: la racionalización del poder, el reconocimiento de un catálogo de derechos humanos ampliándolos a los de carácter socioeconómico, la incorporación de los tratados internacionales como derecho nacional, el establecimiento de la jurisdicción constitucional de la libertad mediante el control concentrado o difuso, entre otros.<sup>2</sup>

Sin embargo, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia por desarrollar los derechos fundamentales son muy frágiles aún en América Latina. Esto se explica en la medida que la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales se vuelve nula sin un Estado de derecho que les otorgue un significado constitutivo en la totalidad del sistema constitucional.<sup>3</sup> A ello ha contribuido el fuerte caudillismo presidencial, las obsecuentes mayorías parlamentarias, el militarismo y los medios de comunicación, además de la extrema riqueza y pobreza, en tanto constituyen serios límites al desarrollo democrático del Estado constitucional.

Pero, el embrionario desarrollo de la dogmática y la jurisprudencia tutelar de los derechos fundamentales, también encuentra explicación en la cultura legal positivista, caracterizada por una supervaloración nor-

1 Landa, César, "Effectiveness of the Constitution in Latin America" y García Belaunde, Domingo, "Constitutional Processes in Latin America", en Landa, César y Faúndez, Julio (eds.), *Contemporary Constitutional Challenges*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, 1996, pp. 13 y ss. así como 25 y ss.

2 García Laguardia, Jorge Mario, "500 años de esfuerzo por la realización del derecho de los derechos humanos", en Schömböhm, Horst (ed.), *Derechos humanos. Estado de derecho. Desarrollo social*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer, 1994, pp. 104 y ss.; asimismo, Council of Europe, *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, Strasbourg, Engel Publisher, 1990, pp. 32 y ss.

3 Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, 1997, pp. 55 y ss.

mativa en detrimento de la realidad de los derechos humanos y de una subordinación del derecho al poder político y económico de *iure* o de *facto*. En ese sentido, cuando se ha intentado juridificar y más aún judicializar la política, se ha terminado más bien politizando el derecho y la justicia, con lo cual Schmitt, recordando a Guizot, ha señalado que en esos casos: “la justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar”.<sup>4</sup>

Frente a ello, la dogmática y la justicia constitucionales tienen como desafío pendiente, revisar sus propias fuentes doctrinarias que le permitan otorgar a los derechos fundamentales un rol protagónico en el fortalecimiento del Estado constitucional en América Latina. Para lo cual, se debe investigar atentamente, pero con beneficio de inventario, la propia historia y teorías de los derechos fundamentales que aporta la dogmática europea y en particular la alemana, en la medida que después de la Segunda Guerra Mundial, constituye una fuente ineludible de estudio y desarrollo de los derechos humanos y, que en el actual proceso de globalización político-cultural, resulta válida también presentarla para Latinoamérica.

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES

El desarrollo constitucional contemporáneo europeo tiene en la teoría de los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo; debido a que “el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de derecho, como aquellos conceptos se corresponden con el *rule of law* previamente establecido”.<sup>5</sup>

4 Schmitt, Carl, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, en Häberle Peter (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 108-131, en particular p. 131.

5 Leibholz, Gerhard, *Verfassungsstaat und Verfassungsrecht*, Stuttgart, Verlag Kohlhammer, 1976, p. 16; asimismo, Geiger, Willi, “Die Wandlung der Grundrechte”, en Imboden, Max (ed.), *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaates*, Wien, Verlag Herder, 1965, pp. 9-33.

Sin embargo, se puede señalar que los derechos fundamentales constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes y marcan un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad, que el iuspositivismo definitivamente no logra comprender con sus categorías normativas. En ese sentido, el desarrollo del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático, en su forma avanzada o tradicional.<sup>6</sup>

Para lo cual, se debe partir de reconocer que “la primera condición de la existencia de todos los seres humanos, que se constata en la historia, es que para vivir primero deben existir, lo que es condición para poder hacer la historia”.<sup>7</sup> Si bien, toda persona necesita *primun vivere deinde filosofare*, esto no supone reducir la condición humana al *homo economicus*, aunque sí reconocer que el trabajo constituye el sistema material de satisfacción de las necesidades de toda persona *Bedürfnisbefriedigung*.<sup>8</sup>

En este sentido, se deben reconocer las condiciones reales que dan la pauta para la realización de los derechos fundamentales, en el marco constitucional; pero, sin someter absolutamente la validez de los derechos humanos a la fuerza normativa de los poderes públicos o privados transitorios, que muchas veces se presentan como portadores de las banderas del bienestar general, para soslayar sus prácticas autocráticas. Por ello, son las necesidades radicales relativas a los derechos y libertades subjetivos, basadas en el conocimiento, el pensamiento, el sentimiento y la acción, las que delimitan y otorgan sentido humano —racional y volitivo— a las necesidades materiales primarias,<sup>9</sup> para evitar que se conviertan en instrumentos de las tiranías para la alienación popular.<sup>10</sup>

6 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 75-92; asimismo Touraine, Alain, *Que est-ce que la démocratie?*, France, Fayard, 1994, pp. 37 y ss., y 57 y ss.

7 Marx, Karl y Hegel, Friedrich, “Die Deutsche Ideologie”, en *Marx-Engels Gesamtausgabe*, Taunus, Verlag Detlez Auvermannn KG, 1970, t. 5, p. 17.

8 Hegel, Friedrich, “Grundlinien der Philosophie des Rechts”, en *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Stuttgart, Fromman-Holzboog, 1973, t. 2, pp. 124, 187-200, y 639 y ss.; asimismo, *ibidem*, pp. 39 y ss.

9 Heller, Agnes, *General Ethics*, London, Basil Blackwell, 1988, pp. 131 y ss.

10 Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Aalen, Scientia Verlag, 1963, pp. 93 y ss.

En la perspectiva establecida, es la teoría sobre los derechos fundamentales, entendida como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales”,<sup>11</sup> la que más ha avanzado en plantear la defensa y el desarrollo de los derechos humanos como las principales barreras a los excesos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y privados. Ello ha sido así, gracias a que la teoría de los derechos fundamentales se asienta en una determinada idea de Estado y en una determinada teoría de la Constitución; lo cual le permite superar la comprensión de los derechos fundamentales desde una fundamentación exclusivamente técnico-jurídica, sino incorporándola a una concepción de Estado y de Constitución,<sup>12</sup> que a continuación se presentan.

### 1. *Teorías del Estado de los derechos fundamentales*

La idea de los derechos fundamentales vinculada a la noción de Estado se puede fundamentar en el plano teórico-doctrinal, siguiendo a Fioravanti, en tres modelos que se integran parcialmente: *historicista*, *individualista* y *estatalista*. De esta manera, “tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)”.<sup>13</sup>

#### A. *Modelo historicista*

La perspectiva histórica encuentra sus raíces en la etapa de construcción del Estado moderno, sobre todo en Inglaterra, donde se desarrolla la tradición europea medieval más clara de la limitación del poder político de *imperium*.<sup>14</sup> Por eso, se privilegian las libertades civiles nega-

11 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 45.

12 Ehmke, Horst, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., s. n., 1963, pp. 53 y ss.

13 Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Trotta, 1996, p. 25.

14 Howard McIlwain, Charles, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, CEC, 1991, pp. 89-116.

tivas, que emanaban de la costumbre y de la naturaleza de las cosas, en virtud de lo cual se entendían como capacidades de actuar sin impedimentos del poder político. Estos derechos en verdad eran privilegios o prerrogativas que quedaron plasmadas en los llamados contratos de dominación *Herrschaftsverträge* durante la baja Edad Media.

Por eso, se ha señalado que en la época medieval se condensan las raíces profundas de la Antigüedad y del primer cristianismo, que desarrollaron la idea de la libertad como *autonomía* y *seguridad*.<sup>15</sup> De ahí que se entienda inclusive que: “la nueva sociedad liberal es en ese sentido nada menos que la generalización, oportunamente corregida y mejorada, de la antigua autonomía medieval de los derechos y libertades”.<sup>16</sup> Sin embargo, es del caso recordar que, los derechos y libertades civiles no eran del hombre como persona individual, sino en tanto miembro de una organización corporativa, que definía su estatus jurídico.

El orden natural de las cosas asignaba a cada persona sus derechos civiles desde su nacimiento; en tanto que no se concebía la existencia de derechos políticos, en razón a que la ley estaba en función del equilibrio y control del gobierno; en todo caso sometida a la tutela jurisprudencial y consuetudinaria de tales derechos, como en Inglaterra. En tal entendido, la profunda contradicción con el orden liberal de los derechos, es que éste no se somete a un “orden natural” dado, sino que es esencial la autonomía de la libertad para construir un orden diferente, donde la persona sea el centro de decisión y no objeto del *status quo*.

### B. Modelo individualista

Este modelo se basa en una mentalidad y cultura individual, propia del Estado liberal, que se opone al orden estamental medieval, en tanto la persona está diluida en las organizaciones corporativas; se afirma en un iusnaturalismo que se expresa revolucionariamente como eliminación de los privilegios estamentales y en la afirmación de un conjunto de derechos y libertades del hombre. En ese sentido, Francia se constituye en el modelo del derecho moderno, basado en el individuo como sujeto

<sup>15</sup> Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 335 y ss.; asimismo, Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, pp. 157 y ss.

<sup>16</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 13, p. 34.

de derechos y obligaciones, como quedó manifestado en la declaración de derechos y en el Código de Napoleón.

Pero el esquema individualista de derechos como no pudo ser incorporado progresivamente en la sociedad, como aconteció en el proceso social inglés; por ello, requirió partir de una ficción jurídica-política; donde el contrato o pacto social fue el instrumento de articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, para mejor asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. Sobre la base del pacto social se establecerá en adelante el principio de la soberanía popular y del poder constituyente, que otorgaron legitimidad a la creación de una Constitución, como un instrumento de protección o garantía de los derechos inalienables del hombre.<sup>17</sup>

En efecto, la presunción de libertad del hombre frente al Estado —*principio de distribución*— y la presunción de actuación limitada del Estado frente a la libertad —*principio de organización*—,<sup>18</sup> suponía que las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir la libertad de las personas, requerían de una ley y un mandato judicial.<sup>19</sup> En ese sentido, el liberalismo entenderá que los derechos civiles no eran creados por el Estado sino tan sólo reconocidos; lo cual suponía que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que éste era sólo un instrumento garantizador de los mismos.

A partir de entonces, los derechos políticos, como el derecho de sufragio, constituirán la base que otorga un nuevo elemento constitutivo a los derechos civiles; formando una sociedad de individuos políticamente activos, que orientan la actuación de los poderes públicos. De modo que, en adelante son los representantes electos por los propios ciudadanos los que se encargarán de configurar los derechos y libertades de los hombres a través de la ley, así como también establecer sus limitaciones de manera taxativa y restringida.

17 Rigaux, Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constitutive*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 95 y ss.; asimismo Vega, Pedro de, *En torno a la legitimidad constitucional*, México, UNAM, 1988, pp. 811 y ss.

18 Schmitt, Carl, *Verfassungslehre...*, *cit.*, nota 15, pp. 125 y ss.; asimismo, Giacometti, Zaccaria, "Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit", en *ZSR*, Basel 1955, t. 74, pp. 163 y ss.

19 Cabo, Carlos de, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997, pp. 305 y ss.

El modelo individualista, a diferencia del historicismo que sostuvo la concepción de los derechos como una manifestación del orden establecido, edificará formalmente los derechos y libertades de manera concreta, condicionando la actuación de la autoridad a los posibles excesos de los poderes constituidos. En este último sentido, el individualismo retomará la doctrina de la *libertad como seguridad*, para sus bienes y su propia persona.<sup>20</sup>

### C. Modelo estatalista

Se basa en la idea de que el Estado total es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello:

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es *bellum omnium contra omnes* significa *necesariamente* sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno.<sup>21</sup>

En este sentido, no existe más distinción entre el pacto social y la declaración de derechos en que se funda, ya que los derechos nacen con el Estado. En esta lógica, no se concibe un poder constituyente autónomo como expresión de las voluntades individuales de la sociedad, sino como manifestación de la *decisión política*, en tanto está alejada de los cálculos individuales de la descompuesta y desesperada conveniencia de los sujetos. Tales voluntades encuentran en la autoridad del Estado que los representa, el sentido de su unidad y orden político, convirtiéndose a partir de entonces en pueblo o nación, sin diferenciar si la autoridad se trata de un gobernante o asamblea autocrática o democrática.<sup>22</sup>

El modelo estatalista, en consecuencia, concibe a los derechos políticos como funciones del poder soberano, en tanto que la diferencia entre la libertad y el poder desaparece a favor de este último; asimismo, la autoridad estatal no se encuentra sometida ni a la Constitución ni a la costumbre, sino a la voluntad de la autoridad; en la medida que la necesidad de estabilidad y de unidad cumplen un rol que legitima transi-

20 Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 13, p. 46.

21 *Ibidem*, p. 48.

22 Schmitt, Carl, *Verfassungslehre...*, *cit.*, nota 15, pp. 75 y ss.

toriamente al modelo estatalista, sobre todo en etapas de crisis social. Por ello se ha dicho que “puede ser justo temer el arbitrio del soberano, pero no se debe por ello olvidar jamás que sin soberano se está destinado fatalmente a sucumbir a la ley del más fuerte”.<sup>23</sup>

Estas corrientes *historicista*, *individualista* y *estatalista* han tenido una clara expresión histórica desde el desarrollo del primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales, con las revoluciones burguesas del siglo XVIII y hasta la Segunda Guerra Mundial. Pero, a partir de la renovación democrática de los Estados constitucionales, durante la postguerra se ha iniciado una segunda gran fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional.<sup>24</sup>

## 2. Teorías constitucionales de los derechos fundamentales

A partir de que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se dio lugar al desarrollo de una rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos y en particular el alemán, sobre el contenido concreto de los derechos fundamentales; el cual ha estado alimentado por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional. En tal sentido, se pueden identificar a las principales teorías de los derechos fundamentales en seis grupos.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 13, p. 53.

<sup>24</sup> Ferreira, Pinto, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, São Paulo, Saraiva, 1962, t. I, pp. 85 y ss.; asimismo, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, pp. 42 y ss.

<sup>25</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *idem*, pp. 115 y ss. (se trabaja con la versión española de *Escritos sobre...*, *cit.*, nota 11, pp. 44 y ss.); Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, pp. 100 y ss., hay versión en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997; Häberle, Peter, “Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú-Maestría en Derecho Constitucional, s. a., s. n., 1994, pp. 45 y ss.; Kröger, Klaus *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 13-30; asimismo, Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 295-316.

### A. Teoría liberal

Los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado; es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa *Abwehrrechte*. Se pone el acento en el *status negativus* de la libertad, frente y contra el Estado. En este sentido clásico de los derechos fundamentales, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal; en la medida en que, como reza el artículo 4o. de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano:

La libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley.<sup>26</sup>

La libertad es garantizada sin condición material alguna, es decir no está sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no es objeto de normación, sino en la medida que sea compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley; por ello se han dado garantías tales como: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y la prohibición de la retroactividad de la ley.<sup>27</sup> En ese sentido, se puede decir que la defensa de la libertad humana se convierte en el fin supremo de la sociedad y del Estado; actuando como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal.<sup>28</sup>

En virtud de ello, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad; pero, en caso de colisión no siempre se resuelve con el *indubio por libertate*, sino a través del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad.<sup>29</sup>

26 Vecchio, Giorgio del, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française*, Roma, edition Fondation Européenne Dragan, 1968, p. 39.

27 Burdeau, Georges, *Les libertés publiques*, París, LGDJ, 1972, pp. 129 y ss.; asimismo, Rivero, Jean, *Les libertés publiques*, t. 1, París, Presses Universitaires de France, 1981, pp. 145-152.

28 Schmitt, Carl, *Verfassungslehre...*, cit., nota 15, pp. 36 y ss.

29 Lerche, Peter, *Übermass und Verfassungrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1961, pp. 125

Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos, es la vinculación negativa del legislador a los mismos; entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado.<sup>30</sup> De ello, se desprende la noción de límite de la ingerencia de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que dan lugar a la realización de los derechos fundamentales, en la medida que “los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la libertad socialmente ya existente o en formación”.<sup>31</sup> Esto sólo es posible a partir de una concepción ética de los derechos fundamentales.

### B. *Teoría de los valores*

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración de la entreguerra; para la cual “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución... este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales”.<sup>32</sup>

El Estado se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad cultural de valores. Por ello, los derechos fundamentales están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, se busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, prescindiendo del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material, es decir que se busca el sentido esencial del derecho fundamental en cuestión, y se relaciona o integra el derecho fundamental con la totalidad del orden de vida y los valores constitucionales vigentes.<sup>33</sup>

y ss.; Scheuner, Ulrich, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL*, Berlín, núm. 20, 1963, pp. 125 y 126; asimismo, Isensee, Josef, “Bundesverfassungsgericht quo vadis?”, *JZ*, 1996, t. 22, pp. 1090.

<sup>30</sup> Medina, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 9 y ss.

<sup>31</sup> Ipsen, Hans, “Über das Grundgesetz-nach 25 Jahren”, *DÖV*, núm. 27, 1974, p. 295.

<sup>32</sup> Smend, Rudolf, *Verfassungs und Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1928, p. 164.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 166 y ss.

Esta concepción de los derechos se relanza con la ética material de los valores *material Wertethik*;<sup>34</sup> donde los derechos fundamentales, asumiendo sus contenidos axiológicos como emanación de la comunidad estatal, se manifiestan a través de decisiones valorativas *Wertentscheidung*. En tal entendido, los derechos fundamentales son concebidos como normas éticas objetivas, fiel expresión del orden valorativo de la sociedad que se va expresando en normas legales y sentencias.<sup>35</sup>

La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales; dejando abierta la pregunta acerca de cómo identificar los valores supremos o superiores de la comunidad. Al parecer, corresponde aplicar el método de las ciencias del espíritu para conocer la jerarquía de la conciencia valorativa de la comunidad; que es alcanzable como una evidencia preferentemente intuitiva *intuitive Vorzugsevidenz*,<sup>36</sup> o mediante el juicio de valor cultural y moral del momento, que no está exento de un juicio de valor superior frente a otro inferior.<sup>37</sup>

Someter los derechos fundamentales a la valoración intuitiva o al estado de conciencia social, en etapas de rápidas transformaciones y cambios, permite suponer el cambio o la afectación de los valores supremos y eternos de una sociedad, de donde el carácter preexistente y vinculante de los principios y valores que dan sentido a la unidad de una comunidad, no permanezcan estables o inmodificables. En este sentido, los derechos fundamentales se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu del momento *Zeitgeist*.<sup>38</sup>

Es evidente que la perspectiva de la teoría del valor tiende a uniformizar, en torno a determinados presuntos valores supremos objetivos, a

34 Hartmann, Nicolai, *Ethik*, Berlín, Walter der Gruyter & Co., 1926, pp. 107 y ss., así como 227 y ss.

35 Weinkauff, Hermann, "Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes", en Maihofer, Werner (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1981, pp. 556 y ss.; asimismo Kaufmann, Arthur, "Die ontologische Struktur des Rechts", en Kaufmann, A. (ed.), *Die Ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965, pp. 505 y ss.

36 Scheler, Max, "Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik", en varios autores, *Gesammelte Werke*, Bern, Francke Verlag, 1954, vol. 2, pp. 110 y ss., así como 284 y ss.; asimismo, Hartmann, Nicolai, *op. cit.*, nota 34, pp. 166 y ss., así como 252 y ss.

37 Smend, Rudolf, *op. cit.*, nota 32, pp. 136 y ss.

38 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre...*, *cit.*, nota 11, pp. 59 y ss.

los valores minoritarios; pero en la práctica de las sociedades tradicionales, la dialéctica del conflicto entre los valores sociales no terminan integrándose, sino que “en la jerarquía de valores contrariamente valen otras relaciones, que se justifican en que el *valor* destruye al antivalor y el valor más alto trata como inferior al valor menor”.<sup>39</sup> Por ello, los derechos fundamentales, en un sentido objetivo valorativo como subjetivo liberal, terminan tiranizando a aquellos sectores minoritarios o desvinculándose de las mayorías sociales; lo que abre paso a replantear la teoría de los derechos fundamentales a partir de la teoría institucional.

### C. Teoría institucional

Los derechos fundamentales entendidos como derechos objetivos absolutos o como derechos subjetivos individualistas, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a las demandas del desarrollo jurídico-social; de ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional.<sup>40</sup>

En tal sentido, se debe partir comprendiendo que para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional; de modo que “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos”.<sup>41</sup> Pero es precisamente mediante la actuación estatal de las mayorías parlamentarias transitorias como derechos objetivos, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido. Por eso, Schmitt trazó una divisoria entre los derechos de

39 Schmitt, Carl *et al.*, *Die Tyrannei der Werte*, Hamburg, Lutherisches Verlagshaus, 1979, p. 38.

40 Jennings, Ivor, “Die Theorie der Institution”, en Schnur, Roman (ed.), *Institution und Recht*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 99-117; asimismo, Luhmann, Niklas, “Institutionalisierung-Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft”, en Schelsky, Helmut (ed.), *Zur Theorie der Institution*, Universitätsverlag, 1973, pp. 27 y ss.; e *id.*, *Recht und Institution, Gedächtnissymposion Münster 1985*, Berlín, Universidad de Münster-Duncker & Humblot, 1985, pp. 19 y ss., así como 71 y ss.

41 Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, reimpresión del CNRS, París, Sirey, 1965 (primeras ediciones: 1910, 1923 y 1929), p. 612, así como pp. 618 y ss.; asimismo revisar: Kaufmann, Erick, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus* (Neudruck der Ausgabe Tübingen, 1911), Aaalen, Scientia Verlag, 1964, pp. 128 y ss.; y Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, *cit.*, nota 3, pp. 163 y ss.

libertad y la garantía institucional, con el fin de evitar la vulneración de las libertades en manos del legislador; sin embargo, “la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional”.<sup>42</sup>

Por otro lado, cabe precisar que los derechos fundamentales en tanto gozan junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así el doble carácter de los derechos fundamentales.<sup>43</sup> Pero es Häberle quien desarrolla la categoría de los límites del legislador en relación con los derechos fundamentales, reformulando la tesis de la reserva de ley y postulando la tesis central de contenido esencial *Wesensgehaltgarantie* de los derechos fundamentales, como formula sintética que encierra el concepto de valor que se encuentra en cada derecho fundamental.<sup>44</sup>

Se puede decir, entonces, que a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar el contenido esencial de los mismos, a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta; pero que encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional.<sup>45</sup> En ese sentido, “el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental”.<sup>46</sup> Por ello, se puede hablar de una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de un derecho fundamental, y de una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales

42 Schmitt, Carl, *Verfassungslehre...*, cit., nota 15, pp. 170; Schmidt-Jortzig, Edzard, *Die Eichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer unstrittenen Figur*, 1979, pp. 63 y ss.; y Parejo, Luciano, *Garantía institucional y autonomía local*, Madrid, IEAL, 1981, pp. 23 y ss.

43 Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1995, pp. 127 y ss.

44 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 3, pp. 116 y ss.; asimismo Gavara, Juan, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994, pp. 99 y ss.

45 Saladin, Peter, *Grundrechte im Wandel*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie Ag, 1975, pp. 296 y ss.

46 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 3, p. 109.

que justifiquen limitar los derechos fundamentales.<sup>47</sup> En esa tarea de integración propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales se trata de ponderar diversos bienes jurídicos *Güterabwägung*, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales.<sup>48</sup>

La realización práctica del sistema de derechos fundamentales supone el reconocimiento de un *status activus processualis* que permite la tutela jurisdiccional de los derechos ciudadanos.<sup>49</sup> En ese sentido, los derechos fundamentales son vinculantes, en tanto se les concibe como categorías jurídico-positivas; lo cual alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional.<sup>50</sup> Sin embargo, “la Constitución no puede pues resolver por sí sola la cuestión social, sino solamente aparecer como un marco de una determinada realidad y de un programa social *res publica semper reformanda*”.<sup>51</sup>

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo adquieren visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común como objetivo humano reclama de la acción del Estado acciones concretas. En ese sentido:

Los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como *status*; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano devienen en realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género.<sup>52</sup>

47 López Pina, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1992; Häberle, Peter, *El legislador de los derechos fundamentales*, ponencia, pp. 120 y ss.

48 Müller, Friedrich, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1966, pp. 207 y ss.; asimismo, Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, *cit.*, nota 3, pp. 95 y ss., así como 127 y ss.

49 Häberle, Peter, “Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat”, *VVDStRL*, núm. 30, 1972, pp. 82 y ss.

50 *Id.*, *Grundrechte im Leistungsstaat*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1972, pp. 90 y ss.; asimismo, *id.*, “Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen”, en varios autores, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992, pp. 352-359.

51 Müller, Jörg Paul, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Basel-Frankfurt, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1981, p. 167; asimismo, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre...*, *cit.*, nota 11, pp. 72 y ss.

52 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, *cit.*, nota 3, p. 199; Zippelius, Reinhold, *Rechts und gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1994, Duncker & Humblot, pp. 67 y ss.

Por ello, la ley ya no se presenta como limitación a la intervención del legislador en la libertad dada, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de la libertad instituida; esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto de ley; que también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando la última barrera del contenido institucional de la libertad *Schranken-Schrank*.<sup>53</sup> De aquí, la importancia de establecer una teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador que hagan inmunes el contenido esencial de los derechos fundamentales de las mayorías parlamentarias transitorias, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad *Gemeinschafts-bindung*.<sup>54</sup>

En consecuencia, la ley en el sentido institucional está orientada concretamente a la realización del objetivo de la libertad como instituto; es decir, que la garantía institucional de la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de libertad. En este sentido, “los derechos fundamentales son institutos, sólo cuando pueden ser *efectivamente* reivindicados por los titulares —cambiar el hecho por la norma—, es decir cuando son *regla*”.<sup>55</sup>

El rico desarrollo de la doctrina institucional de los derechos fundamentales ha dado lugar a dos subteorías institucionales que a continuación se esbozan.

### a. Teoría sistémica

Parte de una interpretación propia del derecho en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista.<sup>56</sup> En ese sentido,

53 Lerche, Peter, *Übermass...*, cit., nota 29, pp. 98-134; Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 3, pp. 108 y ss.; y Bolz, Marcel, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pp. 218-228.

54 Jäckel, Hartmut, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967, pp. 29-40; asimismo Medina, Manuel, *La vinculación negativa...*, cit., nota 30, pp. 48 y ss.

55 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 3, p. 211.

56 Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, pp. 124-164; id., *Grundrechte als Institution*, Berlín, Duncker & Humblot, 1974, pp. 14-25; e id., *Ausdifferenzierung des Recht. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, pp. 273 y ss.

“los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo (simbólico-comunicativo) de la personalidad”.<sup>57</sup>

Pero es de destacar que el análisis sistémico de los derechos fundamentales también incorpora la variable social compleja; es decir, que el ejercicio de los derechos y libertades se encuentra en correspondencia con el sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional.<sup>58</sup> En este sentido, “los derechos fundamentales quedan así relegados a la condición de meros subsistemas cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo, de este modo, su dimensión emancipatoria y reivindicativa de exigencias y necesidades individuales y colectivas”.<sup>59</sup>

### b. Teoría multifuncional

Busca superar la unilateralidad de las distintas teorías sobre los derechos fundamentales, dada la pluralidad de fines y de intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Así, las demandas para democratizar la sociedad sobre la base de la participación ciudadana, así como para cumplir con los objetivos del Estado social del derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad, son factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales.<sup>60</sup>

Así, se puede decir que la diversidad de funciones constitucionales de los derechos fundamentales está en relación directa con las funciones de la propia Constitución que la doctrina constitucional suiza ha aportado al desarrollo constitucional.<sup>61</sup> En este sentido, se puede señalar

<sup>57</sup> *Id.*, *Grundrechte...*, *cit.*, nota anterior, p. 82.

<sup>58</sup> *Id.*, *Ausdifferenzierung des Rechts...*, *cit.*, nota 56, pp. 35 y ss.; asimismo, Neves, Marcelo, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992, pp. 11 y ss. así como 72 y ss.

<sup>59</sup> Pérez Luño, Enrique, *op. cit.*, nota 25, p. 301.

<sup>60</sup> Denninger, Ernst, *Staatrecht*, Hamburg, Rowohlt, 1979, vol. 2, pp. 136 y ss.; Kälin, Walter, *Verfassungsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, pp. 23 y ss.; Willke, Helmut, *Stand und Kritik der neuen Grundrechtstheorie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1975, pp. 204 y ss.

<sup>61</sup> Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, *Antworten*, Bern, Universitäten, 1969/1970/1973, ts. I, III y VI, pp. 12 y ss., 16 y ss., así como 14 y ss., respectivamente; asimismo Müller, Jörg Paul, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persön-*

que no sólo la Constitución, sino también los derechos fundamentales participan de las funciones: racionalizadora, ordenadora, estabilizadora, unificadora, contralora del poder; así como del aseguramiento de la libertad, la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y del desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado.<sup>62</sup>

#### D. *Teoría democrático-funcional*

Se parte de concebir a los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa; de allí que “no hay legitimidad del derecho sin democracia y no hay democracia sin legitimidad del derecho”.<sup>63</sup> Es decir, que se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales como elementos constitutivos y participatorios de la democracia estatal. Desde esta perspectiva social y ciudadana, se puede plantear que hay derechos fundamentales, pero también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional. En este último sentido, los derechos fundamentales no son bienes jurídicos de libre disposición, sino que presentan límites, en tanto los ciudadanos de una comunidad democrática tienen los límites y el deber de fomentar el interés público.<sup>64</sup>

La idea de que los derechos fundamentales deben asegurar el fortalecimiento del Estado constitucional se ha visto expresada en el desarrollo de los derechos a la libertad de opinión, libertad de prensa y libertad de reunión y asociación, como bases necesarias para el funcionamiento de la democracia. Aquí se percibe la clara influencia de la

*lichkeitsschutz des Privatrechts*, Bern, Verlag Stämpfli/Cie, 1964, pp. 184-192; Krüger, Herbert *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1966, pp. 536 y ss.

<sup>62</sup> Stern, Klaus, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1984, t. I, pp. 82 y ss.; Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997, t. II, pp. 16-28; asimismo Häberle, Peter, “Die Funktionenvielfalt der Verfassungstexte im Spiegel des ‘gemischten’ Verfassungsverständnisses”, en varios autores, *Im Dienst an der Gemeinschaft*, libro de homenaje a Dietrich Schindler por sus 65 años, eds. W. Haller, A. Kölz y otros, 1989, pp. 701 y ss.

<sup>63</sup> Gerstenberg, Oliver, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, p. 19.

<sup>64</sup> Klein, Hans, *Die Grundrechte im demokratischen Staat. Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart*, Stuttgart, Kohlhammer, 1972, pp. 27 y ss.

teoría de la integración, que ubica al hombre como ser político en relación directa con el Estado como expresión del derecho político.<sup>65</sup> Por lo anterior, como señala Böckenförde, “el objeto (*Aufgabe*) y la función (*Funktion*) pública y democrático-constitutiva es lo que legitima los derechos fundamentales, y también lo que determina su contenido”.<sup>66</sup>

En tal sentido, el punto de partida, orientación y límites de los derechos fundamentales se encuentra en la proceso político democrático, que se convierte en el valor constituyente del contenido, del ejercicio y de los contenidos de los derechos de la persona. En consecuencia, lo *políticamente correcto* se convierte en el parámetro de validez de los derechos humanos, tarea que ya no queda delimitada en cada caso por el titular del derecho, sino por un consenso social que representa una posición intermedia o intersubjetivista, entre las tesis individualistas y colectivistas de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta tesis de la democracia-funcional de los derechos fundamentales no deja de presentar interrogantes acerca de la posible presión social contra la aparición de nuevos derechos que se originan en los valores periféricos del consenso democrático existente. Es el caso de libertad de expresión o derecho electoral, entendidos como derechos fundamentales absolutos que pueden dar lugar a la transmisión de ideas y programas políticos, cuestionables desde una posición democrática —no funcionalista ni avalorativa—; lo cual abre un debate acerca de los límites y diferencias de los derechos fundamentales, sobre todo cuando aportan una carga político-social.<sup>67</sup>

### E. Teoría jurídico-social

El punto de partida de esta teoría de los derechos fundamentales es la insuficiencia no sólo de la deshumanizada teoría individualista de los derechos, sino también la insuficiencia de una concepción meramente positivista de los derechos económicos y sociales, entendida como la norma programática sujeta a la reserva de ley,<sup>68</sup> o abstracta delimitación

65 Smend, Rudolf, *op. cit.*, nota 32, pp. 75 y ss., así como 128 y ss.

66 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre...*, *cit.*, nota 11, p. 61; asimismo, Zippelius, Reinhold, *op. cit.*, nota 52, pp. 233 y ss.

67 Krüger, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1966, pp. 543 y ss.

68 Schmitt, Carl, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932) (*Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*: así, en el compendio del autor), Berlín, Duncker & Humblot, 1973, pp. 181 y ss.

de la libertad por la igualdad y la justicia.<sup>69</sup> Por esto, es sólo con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales como derechos subjetivos de realización mediata para el particular y como derechos objetivos vinculantes para el Estado: sólo así se puede hablar de derechos normativos;<sup>70</sup> sobre todo gracias a los aportes de la dogmática de la constitución económica.<sup>71</sup>

En esta perspectiva subyacen dos cosas: “de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la aplicación de la libertad en la realidad constitucional,<sup>72</sup> y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derechos fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales”.<sup>73</sup>

En tal sentido, los presupuestos sociales de esta concepción de los derechos económicos y sociales son constituyentes del carácter jurídico de los mismos, en la medida que el origen y el fin de su carácter normativo reposa en el concreto ambiente económico y social necesario para su eficacia social, sin perjuicio del rol orientador y de fomento del Estado hacia una sociedad económica basada en la justicia distributiva.<sup>74</sup> En consecuencia, el desarrollo económico y social es una premisa necesaria aunque no suficiente de la legitimidad de los derechos socio-económicos, debido a que los derechos sociales podrán cumplir su fun-

69 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 10, pp. 93 y ss.; planteamiento criticado por Müller, Jörg Paul, *Soziale Grundrechte, op. cit.*, nota 51, pp. 152 y ss., y Müller, Friedrich, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, pp. 172 y ss., así como 197 y ss.

70 Badura, Peter, “Das prinzip der sozialen Grundrechten und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland”, en varios autores, *Der Staat*, t. 14, 1975, pp. 17 y ss.; asimismo Cascajo, José Luis, “La tutela constitucional de los derechos sociales”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, CEC, núm. 5, 1988, pp. 67 y ss.

71 Gygi, Fritz, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981, pp. 36 y ss., así como 109 y ss.; asimismo Ipsen, Hans Peter, “Über der Grundgesetz-nach 25 Jahren”, *DÖV*, núm. 27, 1974, pp. 225 y ss.

72 Así, la formulación en la sentencia del Tribunal Federal Administrativo 27, 360 (362); en sentido afirmativo Häberle, Peter, *Grundrechte im Leistungsstaat.... cit.*, nota 50, pp. 70 y ss.

73 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre.... cit.*, nota 11, p. 64.

74 Rawls, John, *A theory of justice*, Massachusetts, Harvard University Press, 1973, pp. 525 y ss.

ción social, sólo en la medida que su proyección normativa sepa desarrollar los elementos jurídico-sociales, que no dejen vacía o sin realización a la norma constitucional de los derechos sociales.<sup>75</sup>

El problema de esta teoría radica en la dependencia de la vigencia de los derechos sociales de la situación de bienestar económico del Estado, por ello si bien los derechos sociales son norma de cumplimiento obligatorio diferido del Estado, la exigencia judicial de la aplicación de las mismas sólo es factible de realizarse en la medida en que el legislativo y el gobierno hayan presupuestado el cumplimiento de las mismas.<sup>76</sup> Con lo cual, la eficacia de los derechos sociales previstos en la Constitución, queda reducida a la decisión política del gobierno y en el mejor de los casos a la negociación del gobierno con la oposición; pero, sin llegar a cerrar la nueva brecha entre los derechos jurídicos y derechos reales, que caracterizó desde una perspectiva individualista al divorcio entre la libertad jurídica y la libertad real.<sup>77</sup>

#### F. Teoría de la garantía procesal

La teoría según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales, proviene del interés de otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos; pero, profundizando y avanzando más allá del *status activus processualis* planteado por Häberle.<sup>78</sup> En efecto, desde una perspectiva práctica, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionar no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y, segundo, que se garantice el debido proceso material y formal.

75 Häberle, Peter, *Grundrechte im Leistungsstaat...*, cit., nota 50, pp. 69 y ss.

76 Trachsel, Daniel, *Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, pp. 59 y ss.; Kröger, Klaus, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 28 y ss.

77 Forsthoff, Ernst, *Rechtssaar im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1964, pp. 63 y ss., así como 99 y ss.

78 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 3, pp. 289 y ss.

De esta manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que a un derecho corresponda siempre una acción y que una acción suponga siempre un derecho. En consecuencia:

Las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso.<sup>79</sup>

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales con el fin de proteger los propios derechos fundamentales; sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios y hasta los tribunales administrativos, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales, sino traspasar adecuadamente institutos, elementos y principios del derecho procesal a los procesos constitucionales. En tal sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales, se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales.<sup>80</sup>

Pero la teoría de la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos; sino que también se extiende al proceso parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstas adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales de la participación de las minorías políticas y de la oposición parlamentaria.<sup>81</sup>

79 Goerlich, Helmut, *Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1981, p. 209.

80 Häberle, Peter, *La libertad fundamental...*, cit., nota 3, p. 292.

81 Goerlich, Helmut, *op. cit.*, nota 79, pp. 217 y ss., así como 265 y ss.; asimismo Hart Ely, John, *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, United States, Harvard University Press, 1981, pp. 148 y ss.

### III. CONCLUSIONES

Las diversas teorías de los derechos fundamentales constituyen aportes adecuados para el desarrollo de los derechos de libertad en sus realidades, como también resultan insuficientes para resolver por sí solas los problemas contemporáneos de la falta de realización de los derechos fundamentales en todas las regiones con culturas diferentes.<sup>82</sup> Por eso, hay que recordar que junto a las teorías de los derechos fundamentales, se encuentran diversas concepciones jurídico culturales de Estado, sociedad, economía y naturaleza, que deben poner en relación de interdependencia a los derechos fundamentales con las variables culturales de cada Estado constitucional, para afrontar integralmente la teoría y la praxis de los derechos fundamentales.<sup>83</sup>

En este entendido, la realidad constitucional latinoamericana está caracterizada básicamente por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos; proceso en el cual, el perfeccionamiento de la jurisdicción de la libertad con base en la mirada atenta a la realidad y también a la dogmática europea, ayudará a la recuperación del sentido de la teoría y de la práctica de los derechos fundamentales para el fortalecimiento del Estado democrático constitucional. De lo contrario, los derechos fundamentales quedarán reducidos a un ejercicio semántico de los mismos y sometidos a los poderes fácticos de turno, experiencia propia de los Estados neoliberales en América Latina.<sup>84</sup>



<sup>82</sup> Ermacora, Felix, *Menschenrechte in der sich Wandelnden Welt*, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1983, t. II, pp. 31 y ss.

<sup>83</sup> Hesse, Konrad, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland", *EuGRZ*, 1978, pp. 437 y ss.

<sup>84</sup> Vega, Pedro de, "Neoliberalismo y Estado", *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, año IV, núm. 4, 1997, pp. 31 y ss.