

SECCIÓN IV

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA FILOSOFÍA POLÍTICA

1. El hombre y el Estado	177
El hombre, ser constitutivamente social y político	183
2. El <i>status</i> de la persona humana en el Estado	186
3. La libertad del hombre en el Estado	188
4. La libertad y la igualdad en relación recíproca	192
5. La política de los derechos sociales y económicos, y las tres generaciones de derechos humanos	195
Los intereses difusos	198
6. El problema de la legitimidad	201
7. El Estado de derecho	204
La teoría de la autolimitación	207
8. La idea política de la promoción de la libertad y de los derechos por el Estado	207
9. El liberalismo en solidaridad social	211
10. El Estado social de derecho o de bienestar	213
11. El problema de los límites y las limitaciones de los derechos humanos	215
A. La ontología de la limitación de los derechos	216
B. ¿Hay jerarquías entre los derechos humanos?	220
C. El llamado "derecho-deber" ¿es una limitación al ejercicio libre del derecho?	221
D. Los límites objetivos y subjetivos de los derechos	224
E. La "suspensión" de los derechos	227
12. La defensa y la protección de los derechos humanos	228

SECCIÓN IV

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA FILOSOFÍA POLÍTICA

1. EL HOMBRE Y EL ESTADO ¹⁹⁸

Quizás sea Jacques Maritain quien, entre los filósofos, y entre los filósofos políticos, haya predicado con más sencillez, con más universalidad, y con mayor eco, un humanismo político. La filosofía política ¹⁹⁹ tiene mucho que trasvasar a la ciencia política y a la ciencia del derecho constitucional. Lo captamos muy bien en el tema de los derechos humanos.

Al hacerse cargo de lo que es el hombre-persona, de su dignidad, de su inviolabilidad, de su autonomía, de su libre albedrío, de sus fines, la filosofía política está en condiciones de explicar al Estado, al orden político, a su naturaleza, a sus causas, a su origen, a su justificación, y a tantas cosas más. Y si asume adecuadamente estos menesteres, puede efectuar un sustancioso aporte a la ciencia de los derechos humanos, cuya filosofía comparte principios propios de la filosofía jurídica y de la filosofía política, como los recibe previamente de la ética (sea que a ésta se la conciba como una parte de la filosofía, o se le atribuya autonomía propia).²⁰⁰

Lo que realmente existe en el mundo y, por ende, en la sociedad y en el Estado, son hombres individuales, hombres concretos, de carne y hueso, o sea, seres que son —cada uno de ellos— parte de la especie humana con perfecta individuación e individualidad, cada quien único, irrepetible, distinto a cualquier otro, salvo en cuanto a la común naturaleza humana. El hombre es un individuo, es individual, pero es a la

¹⁹⁸ Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, 1952; Dirisi, Octavio Nicolás, "La persona y el Estado", en la obra colectiva *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, 1987, p. 187.

¹⁹⁹ Ver, por ejemplo, Capestany, Edward J., *Filosofía política*, Buenos Aires, 1975.

²⁰⁰ De los temas indicados en el texto nos hemos ocupado, por ejemplo, en nuestro *Derecho político*. Buenos Aires, 2ª ed., 1972, y *Lecciones elementales de política*. Buenos Aires, 1973.

vez, todo íntegro y completo, personal: es una persona, o un "individuo-persona", con personalidad. Y cada hombre es portador de un fin, el suyo, que si bien le es propio en razón de ser una persona (y, por eso, el fin de "el" hombre es común a todos los hombres e igual en todos ellos, porque todos son personas) no deja de estarle atribuido a él para que lo realice y alcance en forma personal, sin que otro hombre —aun teniendo el mismo fin— pueda procurárselo. Es una idea muy afín a la de la filosofía orteguiana: la vida de cada hombre es suya, de él, y nadie puede vivírsela por él; yo tengo que vivir mi vida, y en ella, con ella, y desde ella, perseguir y alcanzar mi fin, que no deja de ser mío y exclusivamente mío aunque sea igual al de cada otro hombre.

Por eso, cuando se habla de "el" hombre y el Estado, hay que reducir la noción abstracta a una bien empírica; "el" hombre es "cada hombre" que, por serlo, existe y vive "su" vida personal en el Estado; pero no en "el" Estado como si éste fuera una abstracción, sino en "un" Estado del que es parte y miembro, y en cuyo ámbito se inserta y transcurre su existencia.

Y acabamos de usar la palabra "parte": el hombre —cada uno— es parte de "un" Estado, se hace parte en un Estado. Se ha solido emplear, en torno de esta idea, la palabra "parte" para aludir al hombre, y como todo ente que es parte de algo compone a ese algo, a ese algo se le ha solido, por correspondencia, llamar el "todo": el todo y las partes, las suyas; o las partes de un todo. Este enfoque tiene buen linaje en Santo Tomás de Aquino, de quien no se puede negar que, por su cosmovisión cristiana y espiritualista, fuera un humanista (claro que al modo como se podía serlo en pleno medievo).²⁰¹

Pues bien, cada vez que se piensa en un todo y en sus partes, se tiene tendencia a suponer que el todo es más importante que las partes que lo componen, y que por el hecho de que ellas no son una totalidad sino una unidad del todo del cual son parte, quedan amarradas a él de tal forma que no pueden subsistir fuera de él ni sin él. Pero tal criterio no admite aplicación indiscriminada y general a cualquier clase de todo y a cualquier clase de partes.²⁰² Es cierto que las partes

²⁰¹ Ver la nota 151.

²⁰² Hay que evitar la renuncia filosófica (así la califica Graneris), y distinguir entre ontología y lógica, para no unir la ecuación del orden lógico con el ontológico, cuyo efecto más desastroso —dice el mismo Graneris— "es la confusión de la especie como concepto lógico con la totalidad concreta del género humano o del cuerpo social. Este extraño equívoco ha llevado inconscientemente a atribuir a

que componen la unidad biosíquica que es cada hombre se destruyen cuando se desintegran del conjunto total, o cuando éste parece, como las distintas piezas de un reloj cuando se desligan del artefacto, que a su vez deja de ser un reloj para pulverizarse en la pluralidad desconectada de esas piezas. Al contrario, hay que cuidarse mucho de no hacer analogías con el todo que es el Estado, y con las partes que son los hombres.

Y hay que tener cuidado porque se trata de realidades de distinta naturaleza y de distinto orden, que la filosofía explica debidamente, y que la filosofía política necesita coordinar de igual modo. El hombre, cada hombre, es una realidad sustancial, singular, que tiene su fin propio; en tanto el Estado es también una realidad, pero accidental, que es y existe porque son y existen las partes que lo forman, los hombres, y que tiene un fin que, aunque "suyo" o naturalmente suyo, es de cierta forma ajeno a él porque lo debe perseguir y realizar en beneficio de las partes (el bien común es fin "del" Estado, suyo de él, pero "para" bien de la comunidad de hombres; sin caer en un juego estrafalario de palabras, decimos que es "fin" "del" Estado, pero que es "bien", no "del" Estado, sino "de" la comunidad;²⁰³ y la comunidad no es una realidad sustancial, sino el nombre que damos a la totalidad de los hombres que viven en común, que conviven en el Estado).

Hay Estado porque hay hombres; sin ellos, realidades sustanciales cada uno, con singularidad existencial, no habría Estado. El todo, pues, si bien está constituido por partes que son los hombres, no es de la misma naturaleza ni del mismo orden que ellas. De ahí que no sea

la sociedad en confrontación a sus miembros, todas las prerrogativas y todos los honores que en filosofía se atribuyen a la especie en confrontación con los individuos. Por lo cual se olvida que la sociedad es un quid concreto, temporal, imperfecto, y se transforma en un principio abstracto o en un ser eterno, trascendente, sin manchas ni arrugas. . ." (Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1973, pp. 137-138). En el orden lógico, la filosofía de Santo Tomás —comenta el autor citado— abaja al individuo considerándolo como un caso de su especie; pero en el orden ontológico, el individuo recupera su fortuna; es la sustancia, o sea es algo que existe en sí, sin necesidad de ningún otro sostén. Y en el orden finalista —prosigue— asistimos a una nueva ascensión, porque sólo el individuo obra. Y luego cierra su discurso recordando que el Aquinatese dice que el "individuo-persona" es lo más perfecto en toda la naturaleza, y que según el orden del fin, nada existe más alto que el hombre, salvo Dios (*op. cit.*, pp. 139-140).

²⁰³ Dice Batiffol que la vida social no es un fin en sí, porque la persona es un valor más alto, cualquiera que sea la explicación que de ello se dé (*Filosofía del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1972, p. 102).

un todo como la unidad biosíquica que llamamos hombre, ni siquiera como el artefacto que llamamos reloj.

Se hace entonces muy difícil y aventurado, por no decir filosóficamente incorrecto (y falso, si es que, como lo aceptamos nosotros, hay verdades filosóficas) predicar que el todo que es el Estado sea más importante que sus partes que son los hombres. Y peor todavía si se quiere afirmar que el bien de un todo supera al bien de las partes, o es mayor que el bien de las partes, por ser el todo también mayor que ellas (lo cual sería una pura noción de cantidad). Es cierto que, desgajadas de su contexto, algunas frases de Santo Tomás inducirían a aceptar lo que rechazamos, porque el aquinatense dice que la persona singular se compara con la comunidad total como la parte al todo, y que el bien común (que, por de pronto, sería bueno no equiparar sin más al bien del Estado) es al fin singular de las personas que componen la comunidad, como el bien del todo es al bien de las partes. Pero hilvanadas esas afirmaciones en el contexto del pensamiento y las enseñanzas tomistas, topamos con su célebre aforismo: el hombre no se ordena a la comunidad política según todo su ser ni según todo lo que hay en él (*homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum et secundum omnia sua*).²⁰⁴

Es que Santo Tomás sabe bien que el hombre —parte del todo que es el Estado— lo trasciende, en cuanto la parte es un ser sustancial con un fin propio y singular, y el todo es un ser accidental con un fin que, aunque suyo, no le es tan propio porque es para las partes que lo forman.

No hay duda, entonces, de que el hombre es parte del Estado, lo cual significa que hace parte de él, o que es miembro de él; y, en nuestro concepto y vocabulario, también que se integra en él. Integrarse es tanto como insertarse, incorporarse, entrar a formar parte de él, todo lo cual se esclarece debidamente si ser parte cobra el sentido ge-

²⁰⁴ Graneris usa los textos tomistas que parecen contraponerse; el uno, "todo el hombre se ordena a toda la comunidad de la cual es parte, como a un fin"; y "el hombre no se ordena a la comunidad política según todo él y según todo lo suyo"; y comenta que el primero atiende al hombre en su totalidad material, en tanto el segundo distingue en él los diversos aspectos formales, para aclarar que "el hombre entra todo en la sociedad universal y todo en las sociedades singulares interiores"; ... "no nos abandonaremos pues a absurdas vivisecciones, diciendo por ejemplo que el hombre entra con el cuerpo en el Estado y con el alma en la Iglesia...". (*Contribución tomista a la filosofía del derecho*, cit., cap. VIII: "Individuo y sociedad", especialmente ~para las citas efectuadas~, pp. 149-150). En la p. 149 nos ha dicho que el individuo nos aparece "todo" absorbido en las sociedades singulares, pero todo "en extensión", no "en intensidad".

nuino de participar, de tomar "su" parte porque se es parte del todo; y tomar su parte es asumir su protagonismo, su papel, su función dentro del todo. Y aquí es dable el símil de que cada parte de esa unidad biosíquica que es el hombre asume el papel y su función dentro del todo, y la cumple. Pero también el todo asume y cumple su papel y su función para las partes y para su integración y articulación coordinada, a la manera como el Estado tiene el papel y la función de realizar el bien común, participable por las partes que son los hombres.

Para nada pugna con el humanismo personalista la afirmación de que el hombre se integra y se hace parte en el Estado y del Estado como parte en un todo y de un todo, pero "para" su propio bien, y no para el bien del Estado. Precisamente, el énfasis puesto sobre ese "ser y hacerse parte" cobra toda su dimensión personalista cuando se comprende que quien es y se hace parte es una persona que, por ser tal, se compromete en y con la integración participada en el todo que es el Estado; y por comprometerse —o sea, por empeñarse a jugarse— exige que la integración y la participación en el todo estatal sean compatibles, congruentes y proporcionadas con la dignidad de la parte que es persona, o ser sustancial con un fin intransferiblemente y singularmente suyo.

No se nos escapa que alrededor de estas nociones se ventila una vieja, larga, e inacabada disputa acerca de si en el hombre hay una especie de disección que lo divide en "individuo" y "persona", como si acaso se dijera en lenguaje muy simple que una parte del hombre es un individuo y otra parte es una persona. Tal dualidad se empeora cuando se asevera que, en sentido filosófico, el hombre tiene una parte o porción individual en razón de la materia que compone su ser, lo que equivale a decir en razón de su cuerpo o parte corporal. Y de aquí en más, la partición del hombre en individuo y persona²⁰⁵ ha conducido a plasmar este principio: el hombre en cuanto individuo (o el individuo) existe para la sociedad, la sociedad existe para la persona, y la persona existe para Dios.

Sabemos bien de la inocencia y buena fe de quienes formularon y formulan dicho principio, porque es evidente que quieren acentuar la dignidad de la persona por sobre la sociedad y el Estado, haciendo a éste un instrumento servicial para el hombre. Pero, sin entrar a desbrozar el error filosófico de introducir en la unidad indivisible del hombre una parte que es individuo (en razón de la materia) y otra

²⁰⁵ Ver la nota anterior.

parte que es persona (dícese que en razón del espíritu),²⁰⁶ la dualidad que deriva a subordinar el individuo a la sociedad, y la sociedad a la persona, encierra un peligro paradójico, que modestamente alertamos. En efecto, si el hombre se hace parte del Estado sólo en cuanto individuo, pero no en cuanto persona, hay que decir que el aspecto que de personal hay en el hombre queda fuera del Estado, y si queda fuera, no se integra ni compromete; parece bueno postular que la eminente dignidad de la persona soslaya la inserción de la persona como parte de un todo que no tiene, ni por lejos, esa dignidad suya; pero no es así, porque pensamos que si se dice que la persona queda fuera del Estado, y únicamente entra a ser parte de él como individuo, ese Estado está en óptimas condiciones para enrostrarle al hombre: tú eres y haces parte de mí como individuo y no como persona, por lo que si la dignidad la posees por ser persona y no por ser individuo, a mí no me interesa tu dignidad, no la reconozco, y arréglatelas tú por ti mismo como persona que, en cuanto tal, estás fuera de mí.

¿No parece que lo que se quería salvar se pierde? ¿No tenemos la impresión de que si la dignidad de la persona queda fuera del Estado y no se compromete dentro de él por quedar fuera, no hay demasiado fundamento para reclamar al Estado que respete y proteja esa dignidad? No es cosa mía puesto que está fuera de mí, podría volver a cspetarle el Estado a la persona humana.

La muy buena intencionalidad de la construcción filosófica propiciada por autores tan enjundiosos como el mismo Maritain, se vuelve contra sí misma y surte el efecto opuesto al buscado y querido. Por eso, nos parece mucho más razonable en puro sentido filosófico reiterar que, precisamente la persona es y se hace parte de y en el Estado, se integra e incorpora a él y en él con su dignidad —como persona—, y la compromete y juega en su inserción estatal con tal intensidad que está en condiciones de decirle al Estado: yo, hombre soy una persona

²⁰⁶ Para una oposición a las filosofías que contraponen individuo y persona, y que identifican la individualidad con el cuerpo y la personalidad con el espíritu, o al individuo con el hombre físico y a la persona con el hombre espiritual, ver: Verneaux, Roger, *Filosofía del hombre*, Barcelona, 1970, pp. 233-234. Personalmente, hemos rebatido la partición divisoria del hombre en individuo y persona, sosteniendo que individuo y persona se identifican en un solo y único sujeto. (Para los argumentos en torno de los conceptos filosóficos de individuación, individualidad, incomunicabilidad, y personalidad, puede verse el acápite XIII de nuestro libro *La historicidad del hombre, del derecho y del Estado*, cit., y sus citas, acerca de "La individualidad personal del hombre. Individuo y persona", pp. 59 y ss. El tema no nos incumbe ahora en su detalle).

en toda la integridad de mi ser singular, y así me hago parte y entro a formar parte de ti, que eres un todo respecto de mí, que soy una de tus partes; pero no existirías si yo no existiera y si por mí no fuera, de modo que te exijo respetar y tutelar mi dignidad de persona porque mi personalidad me acompaña al insertarme dentro de ti y compromete mi vida dentro de ti.

El personalismo que ya tuvimos oportunidad de repasar en reflexiones primerizas de nuestro trabajo es el que, desde la filosofía política, brinda asidero compartido a la organización política de la convivencia y al orden jurídico que la estructura.

El hombre, ser constitutivamente social y político

Nuevamente conviene recalcar en la filosofía orteguiana, como siempre lo hacemos al discurrir sobre temas como el que ahora nos ocupa. En forma muy breve, recordamos que Ortega vierte a su filosofía existencial —como en un *odre* nuevo vino viejo— muchas enseñanzas aristotélicas recapituladas en la escolástica. Por naturaleza, el hombre es sociable y es político. Decir “por naturaleza” es decir constitutivamente, esencialmente. La sociabilidad o socialidad, y la politicidad, se dan originariamente —a *nativitate*— en y con el ser del hombre, por lo que a la sociedad o convivencia social, y a la organización política de esa convivencia o Estado, ha de vérselas como proyecciones de la naturaleza humana, como formas de ser del hombre,²⁰⁷ que emergen

²⁰⁷ Cuando Carbonnier afirma la existencia del hombre como *homo juridicus* (al que estudiaría la antropología jurídica), dice que el hombre es naturalmente jurídico y que es el único en serlo dentro de la especie animal. “mientras que no es en cambio el único en ser social” (*Sociología jurídica*, Madrid, 1982, p. 33); aquí reaparece la tan manida cuestión de si la sociabilidad es exclusiva del hombre, o si se da también en las especies animales en la que se producen agregados o hasta asentamientos territoriales de los mismos. Carbonnier despacha rápido la idea de que la sociabilidad no es exclusiva ni privativa del ser humano, punto de vista con el que discrepamos absolutamente. La sociabilidad es un fenómeno cultural, del que la sociología puede decirnos mucho, como por ejemplo, que no consiste en un ayuntamiento material solamente, en un estar juntos, sino en muchísimas cosas más, algunas de índole psicológica (interacciones, comunicación, relaciones, procesos, reacciones de atracción y de rechazo, etcétera), que están ausentes en los agregados animales, donde no hay comprensión sino opacidad a los valores y a la presencia del otro. Recomendamos releer a Ortega —por ejemplo— en su magnífico libro *El hombre y la gente*, y comenzar por lo que indica Recaséns Siches para saber si hay o no sociedades fuera de las humanas: a qué zona del ser pertenece y qué clase de ser tiene eso que llamamos “sociedad” (o “lo social”); y el citado maestro no vacila en enseñarnos acertadamente que el conjunto de las formas, de las interacciones y de los procesos que se dan entre los hombres, “al

desde su adentro, desde su mismidad ontológica; no se le añaden yuxtaponen, no se le suman, sino que vienen dadas en y con su naturaleza.²⁰⁸

Es bueno repetirlo, pese a haber sido escuchado y leído tantas veces, porque entonces se disipará, y se tornará irrelevante, discurrir si es primero el hombre o la sociedad, el hombre o el Estado. No hay un primero y un después porque, tal como es la naturaleza humana, ya en y con ella —como constitutivamente suyas— tenemos su sociabilidad y su politicidad. De acuerdo con esa naturaleza, no ha habido ni pudo haber realmente una etapa pre-social o pre-política, y no podrá haberlas en el futuro como estadios posteriores que superen y reemplacen al actual. Fuera de la polis el hombre es bestia o es dios, y como no es ni lo uno ni lo otro, no puede ser ni vivir más que como es y como vive: en sociedad políticamente organizada. Y si tal es la estructura esencial o la dimensión organizacional de su ser y de su vida, la sociedad y el Estado se dan conjuntamente con el hombre, lo acompañan, lo identifican, lo constituyen. Sin inconveniente alguno diríamos que el hombre es individual y es social, pero no que primero es individual antes que social;²⁰⁹ sólo aceptamos la primera parte de la afirmación y rechazamos la segunda, porque a nuestro juicio es individual y social a la vez, simultáneamente. Y no sólo por cronología existencial, sino ontológicamente, porque el mismo hombre que es individual fue y es social desde que es hombre. Solamente en un sentido figurado cabría la concesión lexical de que el hombre es anterior a la sociedad y al Estado, si con ello solamente quisiéramos aludir al dato verdadero de que por ser el hombre la unidad componente de la sociedad y del Estado, ni una ni otro existen aparte de él ni le son previos; pero tampoco el hombre les es anterior, porque la sociedad y el Estado existen potencialmente desde que existe el hombre, constituyendo a *nativitate* su naturaleza así predispuesta en sus tendencias innatas e inherentes.

cual llamamos sociedad", se da y se desenvuelve en la vida humana. Y sigue: "Carece de toda justificación e incluso carece de sentido hablar de asociaciones animales (hormigas, abejas, e incluso gorilas), porque las diferencias que separan las interacciones animales frente a la vida humana social son de tal monta y son tan complejas, que determinan una esencial distinción de especie y no simplemente de grado, como observa Ashley Montagu, uno de los más ilustres antropólogos de nuestro tiempo" (*Tratado general de sociología*, México, 1980, pp. 107. y 109-110).

²⁰⁸ Ver, por ejemplo, nuestro libro *Lecciones elementales de política*, cit., pp. 55 y ss.

²⁰⁹ Lo dice, por ejemplo, Dabin (*El derecho subjetivo*, cit., p. 49).

Desde ya se hace urgente anotar que, por lo sucintamente esbozado, cuando se habla de derechos del hombre hay que pensar en que cada hombre es titular de ellos, y todos los hombres; pero es así porque hay un plural que es el conjunto de seres humanos, porque si hubiera un hombre único y solitario no habría derechos humanos. Es la realidad ontológica de la pluralidad en la especie humana la que, desde la naturaleza de quienes forman parte de ella, da razón de que cada hombre y todos deban tener y tengan derechos.

Por eso, dejamos una idea proficua, que hay que hurgar hasta el tuétano: cuando se habla de derechos humanos, hay que partir de la base inesquivable de que son derechos del hombre en sociedad.²¹⁰ Nos vendrá bien después para asentar la noción de que por ese compartir todos los hombres los mismos derechos en sociedad, los derechos llevan la limitación en su misma esencia, en su misma entraña; no les viene desde afuera, sino desde adentro, por lo menos en cuanto hay que coordinar los derechos de unos con los derechos de otros, porque son de todos, y se hallan en relación los de cada hombre con los de los demás hombres.

La soledad y el aislamiento del hombre, que por naturaleza propia es incapaz e insuficiente para abastecer sus necesidades por sí solo, nos permiten ver que la convivencia con su prójimo, la sociedad, y la organización política que llamamos Estado, son el elemento indispensable —y también natural— de auxilio, de subsidio, y de provisión de los bienes y servicios que reclaman la vida individual y la vida comunitaria. Entonces, si el hombre solo no puede, por su inherente limitación, dar cobertura a sus necesidades, son tales necesidades las que prueban la naturalidad de la sociedad y del Estado, a los que ya dimos como realidades constitutivas del hombre. Y al encontrar otra vez a las necesidades no es fácil retomar su nexo con los derechos humanos porque, con un alcance o con otro, la filosofía nos había señalado que los derechos están destinados a satisfacer necesidades. De tal forma, la inevitable inserción natural del hombre en la sociedad y en el Estado

²¹⁰ No nos gusta —en cambio— decir que “la razón del derecho la constituye... el que los hombres seamos una parte del todo social” (ver: Ibáñez, Gonzalo, “Persona, personalismo y derechos humanos”, en la obra colectiva *Los derechos humanos*, Mendoza, Argentina, 1985, p. 85). La “razón” es, para nosotros, diferente; esa razón la constituye el hecho de que el hombre es una persona que convive en sociedad, y no el que sea parte de ésta, porque si fuera parte sin ser persona, no habría derecho ni derechos. Los animales de ciertas especies forman un todo (bien que no social), y como partes de ese todo no tienen derechos. El hombre los tiene por ser persona, pero persona que vive con otras en común, en sociedad.

nos hace redescubrir que el modo de situación del hombre en esas realidades debe ser congruente con el fin que las mismas tienen, para lo cual hace falta la vigencia sociológica de los derechos personales. Sin ella, se produce una distorsión antinatural. Y si esto es verdad —como firmemente lo creemos— la democracia (esencialmente constituida por la vigencia sociológica de los derechos) se nos presenta como la única forma política que se adecua a las enseñanzas de la filosofía política que someramente estamos describiendo.

2. EL STATUS DE LA PERSONA HUMANA EN EL ESTADO

Vamos a emplear aquí el vocablo latino *status* como equivalente a modo de situación o instalación del hombre en la comunidad política, con resabios romanistas, todavía utilizados hoy en el derecho privado, donde —por ejemplo— existe la categoría del *status* de familia. La traducción de *status* por “estado” no debe hacernos incurrir en la confusión de asimilar las voces *status* y “estado” (referidas a situaciones jurídicas subjetivas)²¹¹ al término “Estado” que latamente destinamos para mentar a la organización política. La ubicación del hombre en este Estado le depara siempre un *status* personal, que puede serle o no favorable según los casos; en la democracia le es favorable; en el totalitarismo le es perjudicial. El referido *status* pertenece al ámbito de la relación entre el elemento “poder” (que es uno de los elementos del Estado) y el elemento humano o población (diríamos: “los hombres”, que es otro elemento). Cuando en dicha relación del poder estatal con los hombres se sitúa a los últimos en la comunidad política con un *status* acorde con su dignidad de personas, con su libertad, y con sus derechos, la forma de Estado es democrática.²¹²

Jellinek multiplica las divisiones del *status* del hombre en el Estado. Un primer *status* está dado por el vínculo político de sumisión o subordinación del hombre al Estado, que debe entenderse como el enlace político mediante una situación pasiva que, de integrarse a los siguientes *status* que de inmediato veremos, no resulta denigrante para

²¹¹ Sobre “las figuras jurídicas subjetivas en el derecho público”, ver: Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, 1965, pp. 182 y ss. Para la inclusión en ellas del “estado jurídico subjetivo” (*status*) y del derecho subjetivo, ver pp. 186-187.

²¹² Véase cómo Loewenstein contrapone democracia constitucional y autocracia, insistiendo en afirmar que, de hecho, la realidad de las libertades individuales es el único criterio seguro e infalible para distinguir los dos sistemas políticos (*Teoría de la Constitución*, cit., p. 392).

el hombre. Jellinek llama a este primer aspecto *status subiectionis*. El segundo es el *status libertatis* o *status* de libertad personal o autonomía, que resguarda al hombre de intromisiones estatales en esa área de disponibilidad exenta, y que confiere facultades para mantener la abstención y la limitación del Estado; se presenta, por ende, como una situación negativa. La tercera fase es el *status civitatis*, y en ella Jellinek coloca derechos subjetivos que componen una situación activa, porque los titulares pueden reclamar del Estado determinadas prestaciones; si tales derechos son vistos realmente como correspondientes a obligaciones estatales de dar o hacer (positivas) cabe actualmente situar en este *status civitatis* a los derechos sociales y económicos del constitucionalismo social, pero de todas maneras en este mismo *status* se ubican los clásicos derechos civiles, no obstante que cuando sólo se reciprocán con obligaciones estatales de omisión, bien pueden darse por ya incluidos en el anterior *status libertatis*; el *status civitatis* es un Estado positivo. El cuarto es el *status activae civitatis*, también un Estado positivo o activo, que corresponde a los derechos políticos o a la libertad política o de participación.²¹³

El cuadro completo de las cuatro fases analizadas alberga a los famosos derechos públicos subjetivos, y trasladado a la contemporaneidad presta holgura suficiente para describir el *status* de la persona humana en el Estado democrático.

Es cierto que los *status* de Jellinek se revisten de juridicidad innegable, y que muchos podrán decirnos por qué los abordamos en el campo de la filosofía política. La respuesta es fácil para nosotros, porque conferimos identidad a lo político y a lo jurídico en cuanto lo político se emplaza en el mundo jurídico, y en cuanto hacemos la siguiente ecuación de igualdad: "Estado es igual a régimen político y es igual a Constitución o derecho constitucional en sentido material o real".²¹⁴

De todos modos, nos ha parecido mejor tratar aquí el *status* personal del hombre en el Estado porque las razones que explican el modo situacional que es tributario del humanismo personalista provienen, en un orden lógico, de la filosofía política, para trasladarse después y aplicarse positivamente en el mundo jurídico.

²¹³ Compárese con Kant, para quien la situación (o el *status*) del hombre en el Estado se basa en tres principios: a) libertad de cada uno en la sociedad, como miembro de ella; b) igualdad de él mismo frente a cualquier otro, como súbdito; c) independencia de cada miembro de la sociedad, como ciudadano (ver: Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 216).

²¹⁴ Tal identidad ha sido el meollo de nuestro libro *El régimen político...*, cit., y especialmente desde la p. 251 en adelante.

3. LA LIBERTAD DEL HOMBRE EN EL ESTADO

Para quienes reconocemos, en un sentido antropológico, filosófico, psicológico, y ético, el libre albedrío, se hace sencillo desplazar muchos de sus efectos al mundo político, y de ahí al mundo jurídico, con lo que nos planteamos el problema de la libertad²¹⁵ del hombre en el Estado. Cuando alguna vez hemos repetido una brillante noción de Manuel V. Ordóñez, diciendo que la democracia consiste en la convivencia pacífica de todos los hombres en la libertad, pusimos como eje vertebral de la democracia a la libertad, y con ella a los derechos humanos, que sin libertad pierden su atmósfera y su ambiente políticos.

Desde el enfoque de filosofía política, la libertad nos demandará pocas reflexiones, pero fundamentales. Nadie ignora que la libertad personal reivindicada frente al Estado —sobre todo en las reacciones contra el Estado absolutista— propuso una demanda abstencionista y de limitación al poder, que sigue conservando todo el valor de su raíz originaria. Era y es la libertad negativa, correspondida por la exigencia de que el Estado omita intrusiones en el espacio de la autonomía personal, o impedimentos al ejercicio de los derechos que, en disponibilidad para la libertad del hombre, se parecen a lo que García Máynez llama derechos respecto a la propia conducta.

²¹⁵ Un vasto estudio sobre "la libertad" puede verse en el libro —con ese título— de Manuel Río (Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, serie II, Obras, núm. 6, 1969). Otro sugestivo análisis de la libertad véase en Jovenel, Bertrand de, *La soberanía*, Madrid, 1957, pp. 435 y ss. "Sobre los conceptos de la libertad", ver —con ese título— el trabajo de Alfonso Ruiz Miguel en: *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983, Universidad Complutense de Madrid. Se ha diversificado la libertad en libertad material, libertad moral, libertad jurídica, libertad social y libertad práctica; la primera existe cuando no hay impedimentos o constreñimientos físicos para realizar una acción; la segunda, cuando no existen impedimentos o constreñimientos provenientes de normas interiorizadas cuyo incumplimiento es sancionable por fuertes sentimientos de culpabilidad; la tercera, cuando faltan esos impedimentos o constreñimientos, pero provenientes de normas cuyo incumplimiento es sancionable por otros individuos de forma grave e institucionalizada; la cuarta, similar a la anterior, pero allí la sanción es impuesta por otros sin estar institucionalizada; y la quinta, cuando no hay impedimentos o constreñimientos de carácter económico, cultural o técnico para realizar una acción. Tal el esquema que presenta Alfonso Ruiz Miguel en su citado artículo "Sobre los conceptos de la libertad", *Anuario de Derechos Humanos*, cit., pp. 537 y ss. Para la libertad social, la libertad moral, la libertad religiosa, y la libertad política, ver: Goldschmidt, Werner, "Derechos humanos, libertades y derecho natural", en la obra colectiva *Los derechos humanos*, Mendoza, Argentina, 1985, pp. 72-77.

Llegó después la hora —que es la actual— de que esta libertad, que primitivamente se hizo oponible únicamente frente al Estado para retraer sus injerencias, conociera la expansión proyectada además frente a los particulares. Y con tal ambivalencia, el clásico Estado liberal forjó la idea de la libertad negativa o libertad “de”. Así se plasmó el haz irrenunciable de los derechos o libertades civiles.

Pero aquí y ahora sobreviene lo radical de la libertad que la filosofía contemporánea se plantea, aunque con grandes resistencias y con severas críticas. ¿Alcanza y basta la libertad negativa o libertad “de”? Somos muchos los que contestamos que no. Esa libertad no puede ni debe renunciarse, pero es insuficiente. ¿Por qué lo es? La progresividad de las valoraciones que se acumulan con el tiempo histórico a cuyo umbral ya ha accedido el sentimiento racional de justicia —al menos al avanzar el siglo XX, y más aún al acercarnos a su fin y al despuntar el próximo— nos hace estremecer ante la situación de carencia y de hiposuficiencia que padece buena parte de la humanidad. América Latina se cuenta entre esa parte. Hay hombres que no han accedido, y lo peor es que con su propio esfuerzo y con los condicionamientos negativos de todo tipo tampoco pueden acceder, a la disponibilidad y al disfrute de su libertad en el mundo político-jurídico. Tendrán, seguramente, a mano su libertad negativa o libertad “de”, porque ni el Estado ni los particulares se las entorpece, pero les falta la libertad “para”, la libertad positiva. Y les falta porque con la sola libertad negativa no alcanzan —por ejemplo— a educarse, a acceder a un trabajo suficientemente remunerado, a una vivienda digna, a atender su salud, y a muchas cosas más. En resumen, quedan desguarnecidos en un buen espectro de sus necesidades primarias y vitales, de aquellas cuya imposibilidad de satisfacción lastima nuestras valoraciones, porque ofende a la dignidad humana y a todos los principios que la filosofía política nos propone en su consecuencia. Los marginamientos sociales y las estratificaciones sociales sin movilidad retienen en un estrangulamiento antilibertario a sectores de población que no emergen de su estancamiento y que viven en condiciones infrahumanas, sin capacidad para superar su sumergimiento, y hasta a veces sin capacidad para comprender que les es debida en justicia una situación mejor y de nivel mínimo suficiente.

No se crea que esta descripción nos ha de llevar a propiciar la violencia, la subversión, la revolución, la guerrilla, o el terrorismo, porque ninguna de esas cosas soluciona nada, y las ideas promotoras de las mismas son utopías disfrazadas cuando no mal intencionadas. Es

la política y es el derecho constitucional los que tienen que arremeter, y dar la solución. Y esto corresponde con estricta fidelidad a la filosofía y al derecho de los derechos humanos. ¿O es que no se ve que en situaciones como las brevemente esbozadas esos derechos sufren escarnio? Y no estamos haciendo una arena política; estamos ciñéndonos estrictamente a nuestro papel científico.

Oímos pregonar a autores del viejo liberalismo individualista que el Estado sólo debe garantizar la libertad formal, la libertad "de", y hasta que es injusto que adopte políticas de gestión o de intervención para promover la libertad "para"; quien no la dispone, que se las arregle solo, porque el Estado evade su papel si se ocupa de facilitar el acceso a esa libertad en favor de quienes están discapacitados.

Sin faltar el respeto a esas posturas, estamos seguros que se manejan con una miopía muy alejada de lo que es hoy el consenso universal en torno de la libertad del hombre en el Estado. Lo que más confunde es que se titulan liberales, y que niegan similar calificativo a quienes militamos en otra línea —no antagónica— del liberalismo, porque si liberalismo es organización sociopolítica de la libertad —según concepto de Julián Marias— la libertad del genuino liberalismo (al menos el de hoy) no puede quedar seccionada en la clásica libertad negativa o libertad "de" sino que exige urgentemente integrarse con la libertad positiva o libertad "para".²¹⁶ Si esta segunda no se explaya y se pone a disposición de todos, la libertad que haya será una libertad sectorial, insularizada, en cuyos aledaños seguirán vegetando miles de seres humanos, discapacitados sin responsabilidad suya, e impedidos de subsanar su estrangulamiento de libertad también con su propio esfuerzo. Tal estrechez y angostamiento de la libertad nos hace pensar que quienes no los liberan siguen aferrados a la idea de la libertad y de los derechos como privilegio, en pugna con la de su universalidad, que ya hemos examinado al comienzo de este estudio. Un reciente análisis politológico nuestro, titulado *Los equilibrios de la libertad*²¹⁷ nos exime de abundar en el tema y de recolectar citas favorables a la propuesta

²¹⁶ Sobre libertad positiva y negativa ver: Ruiz Miguel, Alfonso, "Sobre los conceptos de la libertad", *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983, pp. 519 y ss. Allí recuerda la distinción introducida por Isaiah Berlin en "Two concepts of liberty": la libertad negativa responde a la pregunta de cuál es el ámbito en el que una persona o un grupo puede actuar sin interferencias ajenas, mientras la libertad positiva responde a la pregunta de si la propia persona o el propio grupo son los que determinan su propia actividad (p. 519). En general, pueden verse nuestros libros *La re-creación del liberalismo*, cit., y *Los equilibrios de la libertad*, cit.

²¹⁷ Buenos Aires, 1988.

que, desde un nivel estrictamente científico, hemos querido formular en convocatoria para nuevos acompañamientos doctrinarios y docentes.

La promoción de la libertad positiva o libertad "para" no se desliga de la filiación auténtica que tuvo la libertad frente al Estado, sino que reacomoda sus exigencias históricas al desarrollo paulatino de la sociedad. Ese desarrollo señala el tránsito de la idea de la libertad como exención, a la libertad como espacio de disponibilidades para el efectivo disfrute de bienes y servicios, o sea, para el bienestar del hombre, sobre todo del que no puede procurárselo por sí mismo. Si tiene que seguir siendo cierto que —como dice Harold J. Laski— construimos los derechos sobre la base de la personalidad individual porque, en último término, el bienestar de la comunidad se funda sobre la felicidad del individuo;²¹⁸ y si, en otra cita del mismo autor, los derechos son las condiciones de la vida social sin las cuales ningún hombre puede perfeccionar y afirmar su propia tarea, cabe parafrasearlo en lo que él añade: puesto que el Estado existe para hacer posible esa tarea, sólo manteniendo esos derechos puede conseguir su fin.²¹⁹ Pero esos derechos no apuntan sólo a impedir obstrucciones que traban la disponibilidad de su ejercicio por el titular, sino a remover los obstáculos que imposibilitan acceder a ese ejercicio y a su consiguiente disfrute; no basta que el hombre quede libre de intromisiones ni que exija al sujeto pasivo que se abstenga de ellas; le es indispensable tener acceso a la libertad y a los derechos referentes a sus necesidades primarias, que encuentra bloqueado por malos condicionamientos externos, ajenos a él, y que él no puede por sí mismo revertir favorablemente.

Con tal perspectiva, la libertad integral del hombre en el Estado se presenta como un *status* holgado de disponibilidades para disfrutarla en toda la gama de los derechos personales, tanto de aquellos accesibles sin el concurso de prestaciones positivas (y sólo con la abstención de los sujetos pasivos) como de los otros que requieren que los sujetos pasivos den o hagan algo a favor del titular. Y más que nada, es menester que el tramo a recorrer hasta aquel acceso esté exento de óbices frustratorios provenientes de los condicionamientos dañinos que perturban al sistema político democrático. Por esta tangente, la libertad (especialmente la positiva o libertad "para") bien puede llamarse "liberación", porque es remoción de estorbos, estrecheces, estrangul-

²¹⁸ *Los derechos del hombre*, San José, Costa Rica, 1978, p. 9.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 3.

lamentos y opresiones que la cercenan, la discapacitan, la obstruyen y la aminoran.²²⁰

La libertad que estamos analizando en la situación política del hombre en el Estado se nos imagina como una libertad en circulación por todos los estratos y grupos de la sociedad, y no —como antes lo decíamos— sectorializada o insularizada en compartimentos sociales que implican segregaciones y marginaciones injustas. Debe existir ósmosis y permeabilidad para aquella circulación de la libertad, que bonifique la vida comunitaria y la vida personal. Y ello presupone que en esa misma circulación de la libertad todos los hombres puedan participar. Otra vez el concepto de "parte", "ser parte", "tomar parte" fluye en nuestra idea: todos deben tener posibilidad y contar con disponibilidad para participar de la libertad circulatoria en la sociedad en que viven. Si no es así, la libertad no circula por toda la sociedad, sino sólo por algunas parcialidades de ella, en tanto otras quedan en los suburbios de la libertad enquistada a modo de verdadero privilegio. Y entonces, ya la libertad no es derecho, y por no serlo, distorsiona gravemente el plexo de los derechos humanos en su vigencia sociológica. Esa disfuncionalidad demanda corrección, y esa corrección es una exigencia del liberalismo, porque el liberalismo consiste en un régimen de efectiva libertad (libertad "de" y libertad "para" en dimensión sociológica). Esta es nuestra concepción de la libertad en visión de filosofía política y, por ende, de filosofía de los derechos humanos.²²¹

4. LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD EN RELACIÓN RECÍPROCA

Cuando partimos de la idea de libertad —y trasplantamos esa libertad tal como la ofrece la filosofía, política al mundo del derecho—

²²⁰ Sobre "La liberación", ver nuestro libro *La re-creación del liberalismo*, cit., pp. 51 y ss.

²²¹ No porque la afirmación venga anudada en el profesor Vintu a una concepción socialista de los derechos, hemos de escatimar o desmerecer la cita de este párrafo suyo: ... "En cuanto a la libertad, no es analizada como una noción abstracta, que refleja un hipotético estado de naturaleza anterior al estado, realizable por sí mismo, con independencia de las condiciones sociales de la existencia del hombre. Se enfoca como un elemento que define las relaciones del hombre con la sociedad, es pues considerada en un sentido socio-histórico, es decir, como un aspecto de las relaciones sociales entre el individuo y la sociedad cuya realización exige la intervención del Estado en tanto intermediario entre el hombre y la libertad..." ("Le regime des droits et libertés fondamentaux de l'homme et les institutions nationales por leur protection dans les pays socialistes", cit. por Peces-Barba en *Derechos fundamentales*, cit., pp. 45 y 46).

estamos en aptitud de entender que la igualdad deriva de la libertad. Es así porque si todos los hombres se sitúan en el Estado con un mismo *status* de libertad personal, todos tienen y comparten el mismo *status*, o sea, todos son iguales. No hay unos superiores ni inferiores a otros, porque todos están emplazados igualitariamente en un idéntico *status* de libertad.

No se piense que esto es igualitarismo,²²² ni nivelación hacia abajo o hacia la mediocridad. Es igualdad en el genuino sentido de que hay un nivel humano del que ningún hombre debe descender, porque si el descenso se produce por debajo de ese nivel, el que desciende ya no es igual a los que alcanzan o sobrepasan el nivel; y no lo es porque su *status* de libertad también se ha desnivelado.

Hace mucho que venimos bregando por la relación coordinada de la libertad y de la igualdad, y por su recepción reflejada en el derecho constitucional, pero no en la letra de sus normas sino en la realidad eficaz de su vigencia sociológica. Las desigualdades admisibles serán únicamente las que respondan a un criterio de racionalidad suficiente; las que no cumplan ese test, habrán de descalificarse, valorativamente, y políticamente. Y hemos hallado nuevas citas a las que prestar compañía para avalar nuestras ideas.

A la tantas veces usada de Leslie Lipson cuando razona hasta llegar a la integración conjunta de libertad e igualdad dentro de la democracia,²²³ se suma la que encontramos en Dahrendorf cuando remite a Heimann; para Heimann la libertad y la igualdad son las dos mitades de la democracia,²²⁴ y hay que saber dar a cada una su dimensión, porque es Heimann quien recuerda que el liberalismo individualista destruyó la igualdad al desarrollar la libertad, pero el marxismo o comunismo perdió la libertad al conseguir la igualdad por la fuerza.²²⁵ En sentido semejante, Harold J. Laski dice que libertad es ausencia de

²²² Para el tema de la igualdad puede verse: Bobbio, Norberto, "Eguaglianza ed equalitarismo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, tercer fascículo, 1976, Milán.

²²³ Ver su artículo "La filosofía de la democracia" en *Revista Facetas*, 1986, núm. 2.

²²⁴ Dahrendorf, Ralf, *Sociedad y libertad*, Madrid, 1971, p. 317.

²²⁵ Bobbio recuerda que el régimen soviético representa la tentativa máxima de hacer efectivos los derechos sociales, y al mismo tiempo la mayor negación de las libertades tradicionales (cit. por Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 336). Dice Isaiah Berlin que "en su celo por crear condiciones económicas y sociales, que son las únicas en las que libertad tiene un auténtico valor, los hombres tienden a olvidar la libertad misma ("Introducción" a *Libertad y necesidad en la historia*, Madrid, 1974, p. 51).

coacción, e igualdad es falta de prerrogativas especiales; estos privilegios especiales suponen coacción para los que no consiguen disfrutarlos, lo que prueba que la igualdad es una parte de la libertad, y que libertad y desigualdad son incompatibles.²²⁶ Darhendorf, de quien extrajimos la cita de Heimann, echa mano también del concepto negativo y del concepto positivo de libertad (libertad "de" y libertad "para"), y al último lo hace paralelo de la libertad que denomina asertiva, de la que dice que sólo existe si se aprovecha la oportunidad de autorrealización del hombre, adquiriendo forma en la conducta efectiva de los hombres;²²⁷ y no vacila en ratificar que la igualdad de *status* civil no basta,²²⁸ lo que confiere razón a Heimann en su fórmula de "igual libertad";²²⁹ pero, eso sí, la libertad igual —hay que repetirlo con Darhendorf— es sobre todo libertad,²³⁰ porque según comenta Popper, si se pierde la libertad, no habrá siquiera igualdad entre los no libres. Es muy buena la reflexión de Pérez Luño: "La libertad sin igualdad desemboca en el elitismo y se traduce en libertad de unos pocos y no libertad de muchos"; se trata de la libertad —irónicamente denunciada por Anatole France— de los pobres y de los ricos para mendigar, dormir bajo los puentes, o albergarse en el Hotel Ritz.²³¹ Alguna vez también se dijo en Argentina que esa libertad sirve a los pobres para tener hambre y a los ricos para tener codicia.²³²

La exposición filosófica no se completa si después de mostrar la simbiosis de libertad e igualdad en una igual libertad para todos los hombres, no se proporciona la solución. Y la solución es esta: un Estado activo, gestor y promotor del bien común, de la libertad, y de los derechos humanos, debe hacer fluida la libertad en circulación social (la libertad "de" y la libertad "para") mediante políticas generosas de bienestar, y mediante una operativa global sobre todos los condicionamientos sociopolíticos, económicos, culturales y políticos, para hacerlos propicios tanto como neutralizar y superar los malignos, en todos los flancos del sistema político al cual los subsistemas ingresan aportes de toda índole. El norte orientador de esa empresa se

²²⁶ *Grammar of politics*, 6ª ed., Londres, 1934, pp. 147 y ss.

²²⁷ *Sociedad y libertad*, cit., pp. 323-324 y ss.

²²⁸ *Ibidem*, p. 354.

²²⁹ Cit. por Darhendorf, *op. cit.*, p. 356.

²³⁰ *Ibidem*, p. 357.

²³¹ *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 155-156.

²³² Nos viene a la memoria la idea de Kant: ha de haber reglas según las cuales el ejercicio de la libertad de uno pueda subsistir y coexistir con la libertad de los demás conforme a una ley universal.

sintetiza en el objetivo de lograr una distribución razonablemente igualitaria de la libertad, o una libertad igualitariamente distribuida de modo razonable.²³³ Es posible que para lograrlo el Estado deba limitar o recortar el ejercicio de ciertos derechos y libertades en algunos, para acrecer con el resultado la capacidad disminuida que otros tienen en el acceso al goce efectivo de los suyos. Y eso no nos amedrenta.²³⁴ Pero si ésta puede ser la fórmula que acogemos en el área de los principios de filosofía política, el modo y los medios de darle cumplimiento ya se sitúa en otro ámbito: ha de ser el derecho constitucional en cada Estado el que trace los marcos razonables de esas limitaciones y de esos recortes para dar por válidas las políticas y las normas sobre la distribución razonablemente igualitaria de la libertad.

5. LA POLÍTICA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS, Y LAS TRES GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

No es la primera vez, ni será la última en este trabajo, que toquemos el punto del epigrafe. Aquí y ahora lo hacemos por la conexidad

²³³ "La justicia social, como valor, presenta dos niveles que deben reconocerse para poder plasmar el ideal de la igualdad: un primer nivel, en el cual el ser humano, por el solo hecho de serlo, requiere de la igualdad de las condiciones para su desarrollo y satisfacción de necesidades; y un segundo nivel, que depende del reconocimiento de las desigualdades humanas en el aporte social, según el cual el individuo debe ser tratado desigualmente, de acuerdo con algún criterio socialmente aceptado. En ambos niveles, los criterios que la sociedad históricamente ha identificado para alcanzar la igualdad son los siguientes: a cada cual lo mismo, según sus necesidades, según sus méritos, según sus obras, según sus pertenencias, según su rango, según la ley" (Vázquez G. Enrique, "Hacia una nueva concepción de los derechos humanos", en *Revista I.I.D.H.* —Instituto Interamericano de Derechos Humanos— enero-junio 1987, 5, San José, Costa Rica, p. 67). Es menester distinguir entre bienes primarios, y otros bienes de índole "posicional"; los primeros deben ser accesibles a todos los hombres porque resultan de primera necesidad, y todos han de estar en condiciones de compartir y participar su disfrute mediante una distribución razonablemente equitativa e igualitaria; los segundos se caracterizan por repartirse en forma desigual, y si se repartieran igualitariamente perderían su calidad de bienes o ventajas personales (por ejemplo, poder viajar a Europa, o poseer una mansión lujosa, o una pintura de Picasso, o ser presidente de la república, etcétera). La justicia no sufre ofensa por el hecho de que estos bienes de la segunda clase sean posibilidades accesibles sólo para algunos pocos, o para uno solo a la vez. (Ver, sobre esto, y las ideas análogas de Dahrendorf y Fred Hirsh: Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 150). Alguna idea interesante sobre justicia social, posibilidades de la vida, y oportunidades, puede verse en el libro de Julián Marias, *La justicia social y otras justicias*, Madrid, 1979, pp. 21-22.

²³⁴ En contra: Grondona, Mariano F., *La reglamentación de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, 1986.

con nuestras reflexiones antecedentes, porque es indudable que la expansión de los derechos que queda aludida con los sociales y económicos, y con la triple generación de derechos responde a la misma intención y a la misma filosofía política que nos sirve de apoyo. Además, ha quedado dicho que el movimiento de internacionalización de los derechos humanos sigue idéntica línea, y para saberlo no hay más que releer la serie de declaraciones, tratados, pactos y convenciones que se refieren al tema.

Si la primera generación de derechos fue —y sigue siendo, porque con avaricia debemos esforzarnos en retenerla— la de los clásicos derechos civiles que, de algún modo, expresan a la libertad negativa o libertad “de”,²³⁵ la segunda es, en nuestro siglo, la de los derechos convencionalmente apodados sociales y económicos, que no dejan de ser del hombre, aunque en su titularidad y en su ejercicio se mezclen entidades colectivas o asociaciones. Esta segunda generación de derechos, más difíciles que los civiles para adquirir vigencia sociológica, porque normalmente requieren prestaciones positivas (de dar o de hacer) por parte de los sujetos pasivos, se inspira en el concepto de libertad positiva o libertad “para”, conjuga la igualdad con la libertad, busca satisfacer necesidades humanas cuyo logro no está siempre al alcance de los recursos individuales de todos, pretende políticas de bienestar, asigna funcionalidad social a los derechos, acentúa a veces sus limitaciones, deja de lado la originaria versión individualista del liberalismo, presta atención a la solidaridad social,²³⁶ propende al desarrollo²³⁷ (no sólo material y económico, sino también social, cultural, político, etcétera), toma como horizonte al Estado social de derecho o de democracia social y, en síntesis, acoge la idea de que la dignidad de la persona humana requiere condiciones de vida sociopolítica y personal

²³⁵ La trilogía clásica de la libertad en los derechos de la primera generación estaría compuesta —según Loewenstein— por las libertades de la persona o libertades civiles en sentido propio, por las libertades de autodeterminación económica, y por las libertades políticas fundamentales (*Teoría de la Constitución*, cit., p. 391).

²³⁶ Karel Vasak, al desglosar los derechos civiles y políticos, y los sociales, económicos, y culturales, enfoca los nuevos derechos de la tercera generación (por ejemplo, a un medio ambiente adecuado, a la paz, etcétera) y los considera derechos de solidaridad porque derivan de una cierta concepción de la vida en comunidad y sólo son realizables por la mancomunidad del esfuerzo de todos los que participan en ella (“Le droit international des droits de l’homme”, en *Revue des Droits de l’Homme*, vol. I, París, 1972, p. 45).

²³⁷ Ver: Gros Espiell, Héctor, “El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana” en su libro *Estudios sobre derechos humanos*, cit., p. 167.

a las que un Estado —ya no abstencionista— debe propender, ayudar, y estimular con eficacia dentro de la legitimidad democrática.²³⁸

A su tiempo añadiremos algún otro comentario más propio del rubro perteneciente al constitucionalismo social.

La tercera generación de derechos, sin extraviar la noción de subjetividad de los derechos del hombre, la rodea más intensamente de un contorno supraindividual o colectivo, porque lo que en ese conjunto de derechos se formula como tales muestra el carácter compartido y concurrente de una pluralidad de sujetos en cada derecho de que se trata. No es —por ejemplo— como en el derecho a la vida, en el que por más que digamos que cada hombre es titular de él y que todos los hombres lo son de un mismo derecho, éste aparece nitidamente perfilado como propiamente "suyo" de cada quien; en mi derecho a la vida no hay concurrencia de otro titular —que separadamente tiene el suyo—. En cambio, si tomamos al azar un derecho que se suele ahora colocar en la tercera generación, como es el derecho a la preservación del medio ambiente, hay que decir que todos los hombres que viven en un mismo ámbito (ciudad, región, etcétera) tienen subjetivamente ese derecho, pero como el bien a proteger es común, el derecho personal de cada uno y el de todos forma una titularidad que, aun cuando sigue siendo subjetiva de cada sujeto, uno por uno, es a la vez compartida por esa pluralidad en la sumatoria de un interés común. (Si en vez de darle categoría de derecho al que nos está ocupando, le atribuimos la más débil del interés difuso o colectivo, la explicación puede ser equivalente; la titularidad no cambia; sólo que en vez de ser titularidad de un derecho lo es de un interés difuso).²³⁹

Las tres generaciones de derechos representan otros tantos tramos sucesivamente recorridos durante el curso histórico de los derechos humanos y de las valoraciones y representaciones colectivos, que han ido permitiendo formularlos como debidos a la persona humana; no todos han ingresado a la positividad, si por ésta seguimos entendiendo la vigencia sociológica; el orden normativo los tiene normalmente declarados —tanto en sede interna, como en sede internacional—, pero

²³⁸ Sobre el derecho al desarrollo, y su nexa con la función estatal de planear el desarrollo económico y social y con la responsabilidad estatal de rectoría económica (y su enfoque en el derecho mexicano) ver: Osornio Corres, Francisco Javier, "La planeación y el derecho al desarrollo", Sobretiros de *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XX, núm. 58, enero-abril 1987, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

²³⁹ De los intereses difusos nos ocupamos en nuestro libro *Las obligaciones en el derecho constitucional*, cit., p. 89.

falta aún un trecho, a veces bastante largo, para que se hagan efectivos y exigibles. De todos modos, la tendencia va en ascenso a buen ritmo promisorio. Como en todo, las obras de cultura humana —y dar vigencia sociológica lo es, porque es realizar valores con signo positivo en orden a los derechos— exigen tiempo y esfuerzo, esclarecimiento científico y difusión para provocar el consenso que permita luego la recepción en la positividad.

Lo que desde el ángulo de la filosofía política nos queda como conclusión es que la situación política del hombre en el Estado ha ido ampliando la imagen y la pretensión de cómo se ambiciona que sea, y en ese punto no hay duda que el sistema de valores que presta apoyo social, cultural e histórico a los derechos humanos, registra un notable crecimiento y una dimensión muchísimo más amplia que a la época de la primera generación de derechos.

Los intereses difusos ²⁴⁰

Este rubro será muy escueto, porque no se trata de hacer amplia doctrina en torno suyo, pero la mención que hubo del mismo en párrafos anteriores incita a un comentario.

Son varios los administrativistas que, en el plano doctrinario, se resisten a acoger la categoría de los intereses difusos, porque afirman que el derecho administrativo sólo tiene incorporada la trilogía clásica de "derecho subjetivo-interés legítimo-interés simple". Y cuando el orden normativo no amplía esa trilogía, o sin ampliarla, tampoco incorpora fuera de ella este nuevo tipo de interés —difuso—, tales administrativistas niegan su existencia y su protección.

Al contrario, los procesalistas han avanzado mucho en la tutela de los intereses difusos, y en el derecho constitucional nos estamos ingeniando con esfuerzo para darles cabida,²⁴¹ a los efectos de abrir vías de tutela, más bien preventivas que reparadoras, dada la indole de los bienes comprometidos en los intereses difusos. Dijimos que algunos de éstos han alcanzado, aunque precariamente, el rango de derechos de la tercera generación, no faltando doctrina que, en constituciones (como la argentina) que contienen una norma sobre derechos impli-

²⁴⁰ Ver cita de la nota 239.

²⁴¹ Nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. cit., t. I, p. 224, y nuestro libro *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, 1988, p. 267: "La entrada de los intereses difusos a la jurisdicción constitucional".

tos o no enumerados, admite posible dar cabida entre éstos a esos derechos de la tercera generación, también si en vez de reputárselos derechos se los consigna como intereses difusos.

Tales intereses versan sobre cuestiones que afectan bienes esenciales de la vida, no sólo de la individual, sino de la que comparte una pluralidad de personas en determinado lugar o espacio ambiental. El equilibrio ecológico,²⁴² el ambiente no contaminado, la flora, la fauna, el paisaje, los monumentos históricos, etcétera, dan origen a un interés difuso, colectivo, supraindividual; hay interés en que no se perturbe el equilibrio ecológico, en que no se contamine la atmósfera o el agua, en que no haya deforestaciones que alteren el clima y la atmósfera, que no se extingan ciertas especies animales, que se conserve el patrimonio artístico o el paisaje, etcétera. Tal interés es común, colectivo, y compartido por un grupo indeterminado de personas; por eso, el adjetivo difuso procura describir ese carácter algo esfumado de la titularidad del interés, y del interés mismo. ¿A quiénes y a cuántos alcanzan? ¿Hasta dónde, hasta qué límite material? Porque la contaminación del aire en una ciudad tal vez no vaya más allá de su perímetro, o la de un curso de agua más allá de los alrededores del mismo y del grupo humano que de él se sirve; pero la tala de árboles en una selva puede desoxigenar el aire en dimensiones no cuantificables u originar trastornos atmosféricos aun a gran distancia; y el patrimonio histórico a lo mejor no se circunscribe a favor de los lugareños porque puede ser universalmente valioso, y visitado por gentes y turistas de otras partes (piénsese no más en monumentos y ruinas de la civilización precolombina en América, de las obras artísticas de Grecia, Roma, Egipto, Constantinopla, y de los lugares santos en Israel y Jordania). ¿Quiénes y cuántos son los que comparten un mismo interés colectivo o difuso

²⁴² La ecología toma como objeto al medio ambiente natural o biosfera (de allí el nombre de medio ambiente y de derecho ambiental), y a la vez a los ecosistemas o relaciones de interacción entre la naturaleza y la sociedad (o los hombres), es decir, entre la vida humana y su entorno natural en equilibrio. Aire, agua, suelo, subsuelo, recursos naturales, constituyen supuestos de la vida humana en un medio natural que debe ser preservado, defendido, mantenido en condiciones de habitat saludable, por lo que cabe proyectar el derecho a un medio ambiente no contaminado con la salud, la vida, el bienestar, el paisaje, la flora, la fauna, las radiaciones, etcétera, todo lo que reclama capturar tales conexiones en forma colectiva y en solidaridad social. (Ver: Lipari, N. y otros, "Il problema dell'uomo dell'ambiente", volumen colectivo *Techniche giuridiche e sviluppo della persona*, Nari, 1974). Asimismo, ver: Abatti, Enrique Luis, Rocca (h) Ival y Ezcurdia, Patricia E. Z., "Ecoderecho: necesidad de su categorización constitucional", *La Ley*, 17/II/1987.

sobre todo eso? Varía de caso a caso; no es igual arrojar efluentes a un pequeño riachuelo, que evacuar petróleo en el océano.

De todos modos, más allá de lo que haya en el orden normativo, la realidad y la existencia de los intereses difusos es innegable: los hay, existen, están ahí, apuntando a bienes que sufren amenaza, o daño, en general irreparable después que se consume (piénsese en la deforestación, o la depredación de una especie animal, o la destrucción de un monumento histórico, nada de lo cual puede reponerse). Y esos bienes a los que se refieren los intereses difusos son bienes que hacen a la vida del hombre, a los elementos que utiliza (agua, aire, etcétera) o de los que aprovecha artística y culturalmente (paisaje, obras históricas, etcétera).

Todo ello es difuso en cuanto no puede trazarse con precisión un contorno, pero es real, como las opiniones públicas y muchas otras fuerzas políticas que también son difusas, pero existen, y palpamos su realidad y su influencia.

Pero hay algo más. En algunos intereses difusos que comparte un grupo humano puede en algunos casos albergarse un estricto derecho subjetivo. Tal el supuesto de la contaminación de un curso de agua destinado a la higiene y bebida de los moradores de los lugares circunvecinos. El interés difuso sigue siendo tal para todo el grupo que utiliza el agua, pero no es errado añadir que, además de ese interés subjetivamente compartido por todos, hay un derecho a la salud propio y personal de cada miembro del grupo; y este derecho es de cada quien, en tanto el interés difuso en el que cada quien tiene su parte de subjetividad, es el mismo en y para todos.²⁴³

Tal modalidad ilustra que la categoría que analizamos —con o sin derechos subjetivos encapsulados en el interés difuso— se relaciona mucho con los derechos humanos si es que a éstos los conectamos —a su vez— con un sistema de valores amplio, en el que situaciones jurídicas subjetivas (de tipo activo) que no tienen la envergadura de los derechos personales, ameritan la necesidad de ser atendidas y de ser protegidas, porque aunque no resistan un encuadre en el molde clásico de los derechos, los acompañan y ayudan para mejorar y defender las condiciones de vida humana y social, o sea, el ámbito o ambiente donde, según cómo él sea, los derechos podrán gozar o no de vigencia sociológica. Al igual que en los derechos, en los intereses difusos es me-

²⁴³ Sugerimos comparar con la figura penal de los delitos contra la salud pública —por ejemplo—.

nester articular vías tutelares eficaces y prever la legitimación activa para usarlas, tanto como la legitimación pasiva del responsable susceptible de ser demandado.

A la filosofía política que escudriña pormenorizadamente la situación del hombre en el Estado no la debe tomar desprevenida, ni ausente de respuesta favorable, la aparición de esta novedosa categoría de los intereses difusos, en la que destacamos la existencia de situaciones subjetivas que pueden llegar a completar los clásicos *status* de Jellinek ya reseñados. El mundo jurídico tendrá, después, que tomar a su cargo los aspectos técnicos para llevar a buen término la empresa, a fin de que no se quede anquilosada en el orbe de los buenos principios filosóficos.

6. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD

La legitimidad del sistema político nos presenta un panorama vastísimo, impropio de cubrir totalmente en un trabajo de la naturaleza de este, pero también alrededor de él la filosofía política tiene que hacernos decir algo en relación con los derechos.

Alguna vez intentamos exponer una diferencia sutil entre justificación y legitimación. Si pregunto ¿es justo que exista el Estado, el poder, el elenco gobernante, etcétera?, puedo hallar razones que me hagan contestar que sí. No es del caso detenerse ahora en tales razones posibles. Si yo las encuentro y las comparto, voy a decir seguramente que está justificada la existencia del Estado, del poder, del gobierno; pero cuando estoy inserto y soy parte en un Estado históricamente determinado, que tiene un poder que es el suyo, y un gobierno que también lo es, voy a necesitar un agregado. Figurémonos que yo digo: reconozco que es justa la existencia del Estado, del poder, y del gobierno en este Estado del que soy parte, pero discrepo con su organización político-constitucional, con el modo como se ejerce el poder, y con lo que hacen —o no hacen— los titulares del poder. Se nos ocurre que aquí y en este caso yo mantengo la justificación de la existencia de mi Estado, de su poder, y de su gobierno, pero que lo que estoy haciendo —en cambio— es discutiendo su legitimidad. Diría: este Estado tiene que existir, pero organizado en otra forma; este poder del Estado tiene que existir, pero debe ejercerse de otro modo; gobernantes tiene que haber; pero estos que hay no ejercen bien el poder. De

ser así, la legitimidad está en entredicho, y no coincide con la justificación.²⁴⁴

Dejamos de lado la clásica distinción entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio, que parece no ser imprescindible a los fines que queremos alcanzar, y con exclusiva dirección al punto de los derechos humanos creemos que la filosofía política actual, si computa las valoraciones sociales de nuestro tiempo y las confronta con los criterios objetivos del valor justicia, bien puede arrimarnos un principio de legitimidad que es este: en sentido filosófico, o en ultimidad filosófica —para remitirnos a Elías Díaz— la legitimidad política, tanto la del Estado en cuanto organización, como la del poder estatal, como la del gobierno que lo ejerce, requiere esencialmente la vigencia sociológica de los derechos humanos en grado satisfactorio. A la inversa, su ausencia deslegitima a esa misma triada de Estado, poder, gobierno.

Por supuesto que la legitimidad filosófica puede demandar otras cosas más, como por ejemplo, en la formación del poder, que es como decir el proceso de selección y nominación de sus titulares. Pero lo que aquí nos atrae la atención es el ingrediente legitimador en el ámbito de los derechos. No hay legitimidad en sentido de ultimidad filosófica cuando en un Estado esos derechos son desconocidos, negados, violados, carentes de vigencia sociológica. Y lo interesante es saber que la deslegitimación se produce porque faltan los presupuestos que la filosofía política nos ha ido proponiendo en torno del hombre y el Estado, de la inserción del primero en el segundo, del fin estatal del bien común, etcétera.

Entiéndase que estamos desplazándonos en el campo de la legitimidad filosófica, y no en el de la legitimidad legalizada ni en el de la legitimidad sociológica, que tan bien ha deslindado Elías Díaz.²⁴⁵

De todas maneras, para que la legitimidad filosófica que exige la vigencia de los derechos humanos descienda desde su plano racional a la realidad, conviene adelantar que es necesario su acoplamiento a las otras legitimidades, porque si no, la positividad de la dimensión sociológica del mundo jurídico no le va a dar acogida. Esto quiere decir que hace falta que la legitimidad que formalmente legaliza el ordenamiento jurídico coincida con la legitimidad filosófica, y que la legitimidad sociológica —que es la proveniente de las valoraciones co-

²⁴⁴ Para el intento de deslindar matices entre legitimidad y justificación, ver nuestro libro *La Constitución de frente a su reforma*, Buenos Aires, 1987, p. 47 (*Dikelogía de la legitimidad en el derecho constitucional*, especialmente pp. 49-52).

²⁴⁵ *Sociología y filosofía del derecho*, cit., pp. 385-386; también pp. 52 y 231.

lectivas predominantes en la sociedad— también la acompañe y la comparta.

En esa simbiosis, no viene mal una recordatoria de Max Weber en torno de su triple forma de dominación legítima. Las tres legitimidades de orden filosófico, de orden legal, y de orden sociológico admiten una relación con las otras tres weberianas, no porque unas correspondan a otras, sino porque las de Weber pueden dar razón de las otras ya explicadas. Así, la legitimación que Weber llama de naturaleza tradicional se apoya en la creencia y el seguimiento de las tradiciones, y vendría a ser una legitimidad histórica; cuando la vigencia de los derechos responde a las costumbres, a la idiosincrasia de una sociedad, a sus convicciones, al largo tiempo de vida política durante el cual esos derechos han consolidado su práctica y su respeto, concurre un elemento vigorizante para su afirmación y afianzamiento, y lo que es más permanente, para retener y proyectar su continuidad futura con una legitimación renovada. Bien puede ser el caso anglosajón de Gran Bretaña y Estados Unidos, donde los derechos fueron los de “la ley de la tierra”, no los abstractos de un racionalismo idealista, sino los que se habituaron a ejercer, a vivir, a absorber en la médula de sus sistemas políticos. La legitimidad weberiana de tipo legal o racional descansa en el reconocimiento de que el poder deriva de una normatividad legal preestablecida, y no de la voluntad caprichosa; se manda y se obedece porque hay una legalidad que sirve de crédito y de título legitimador al que manda y al que obedece; después veremos que, de algún modo, el Estado de derecho clásico —y todavía el actual— se legitiman en buena parte por el principio de legalidad o *rule of law*, no ausente en el tipo de legitimidad anglosajona, e importante para el tema de los derechos humanos, porque significa que si el derecho escrito contiene normas sobre ellos, falta la legitimidad cuando esas normas no se cumplen. Por fin, la legitimidad de carácter carismático, que viene del carisma de un gobernante o líder, sólo presta auxilio cuando éste es democrático y ejerce el poder con ajuste a la filosofía y al derecho de los derechos humanos, porque si no lo es —Hitler, Mussolini, Stalin, etcétera— no sólo no va a aportar legitimidad sino que deslegitimará al régimen, en cuanto ya dijimos que no hay legitimidad filosófica en un sistema político sin derechos humanos.

Si por un momento olvidamos las tres legitimidades de Elías Díaz, que nos son tan caras y útiles, y tomamos el concepto de Habermas, legitimidad quiere decir que la pretensión de un orden político de ser reconocido como correcto y justo cuenta con buenos argumentos; un

orden legítimo merece ser reconocido, y por eso, legitimidad significa el hecho de merecer ese reconocimiento por una parte de un orden político.²⁴⁶ El concepto es muy formal, y el propio Habermas lo reconoce cuando dice que depende de motivos empíricos el que una legitimación convenza o el que la gente crea en ella, pero agrega que aquellos motivos empíricos no surgen con independencia de la fuerza justificativa de la legitimación, porque hay un potencial de legitimación o de razones susceptibles de movilizar.²⁴⁷

De todos modos, si los buenos argumentos, las razones, y los motivos empíricos que con la fuerza justificativa de los argumentos y razones se engendran, no dan asidero real a los derechos humanos, nosotros seguimos afirmando que al sistema político le falta legitimidad filosófica. Si cuenta con la legalizada o con la sociológica, ya es un problema distinto. Ninguna de estas dos configura la legitimidad filosófica. Y con esta convicción, como vigencia de los derechos humanos es, para nosotros, igual a democracia, a la legitimidad justa que hemos descrito la llamamos muy bien legitimidad democrática. En nuestras valoraciones, no hay otra legitimidad justa en ultimidad filosófica.

7. EL ESTADO DE DERECHO

En nuestra juventud, cuando escribimos nuestra tesis doctoral sobre *La democracia como forma de Estado* (1953) publicada en edición muy abreviada como libro bajo el título de *Doctrina del Estado democrático*²⁴⁸ hablábamos de la noción enfermiza del Estado de derecho. Nuestro enfoque entonces era este: o Estado de derecho significa que el Estado no está sometido a un derecho superior y que, por ende, él tiene que crearse su derecho, con el cual se autolimita voluntariamente; o Estado de derecho significa que todo Estado tiene su propio derecho, y que ninguno carece de él, con lo cual todo Estado es Estado de derecho independientemente de cuál y cómo sea el contenido de ese derecho (justo o injusto). Si tales eran las acepciones del Estado de derecho, surgidas históricamente en el marco de una filosofía negatoria del derecho natural, o aun de una instancia cualquiera de suprapositividad (ética, valores, derecho ideal, idea del derecho, etcétera) no abdicaríamos de seguir calificando a la noción como en-

²⁴⁶ Habermas, J., "Problemas de legitimidad en el Estado moderno", en *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, 1981, p. 242.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 249.

²⁴⁸ Buenos Aires, 1961.

firmiza. Sería, sin duda, una noción vacía o hueca, que admitiría cualquier relleno, aun el más venenoso y perverso. El Estado nacional socialista habría sido un Estado de derecho, porque estaba fundado en un orden jurídico, aunque injusto.²⁴⁹

En suma, para que en orden a los derechos humanos y con provecho para los mismos la noción de Estado de derecho aporte algo, es menester que el Estado de derecho, y el derecho que organiza al Estado tengan un determinado contenido suficientemente basado en alguna instancia objetiva. De no ser así, decimos del Estado de derecho lo que Friedmann dice del "imperio del derecho":

En un sentido puramente formal, el imperio del derecho no significa sino poder público organizado. En ese sentido, todo sistema de

²⁴⁹ Sabemos que nuestra interpretación de la locución "Estado de derecho" no es la normalmente acogida por los intérpretes actuales, que al rastrear la formación histórica de la fórmula dan por cierto que sus forjadores primeros incluyeron en ella ciertas exigencias materiales (un derecho racionalmente orientado hacia la justicia, libertades individuales, limitación del poder estatal, y hasta una idea liberal propia de la época —no se olvide que la expresión Estado de derecho, en alemán *rechtsstaat*, nace en Alemania en las primeras décadas del siglo XIX, asignándose su paternidad a von Mohl hacia 1829-1833—). Así, Pérez Luño en la narración que hace en torno de la aparición de esta categoría en su obra *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* (cit., pp. 219 y ss.). Pero a nosotros no nos interesa qué contenido material dieron al Estado los autores que primitivamente utilizaron la terminología "Estado de derecho", sino más bien qué significó el concepto cuando, más allá del vocabulario, se incorporó a una ideología política colocada bajo el rótulo de Estado de derecho; y en este sentido, es el mismo Pérez Luño quien textualmente dice: "Una importancia mucho mayor para la conformación de la idea del Estado de derecho debe reconocerse a la progresiva influencia del positivismo jurídico formalista en la teoría germana del derecho público. Desde sus premisas el estado de derecho dejará de ser, entendido kantianamente como un estado limitado por la razón, y pasará a convertirse en un estado limitado por el derecho positivo, es decir, un Estado que se autolimita. Este proceso de formalización se inicia con Friedrich J. Stahl, para quien 'el estado debe ser estado de derecho. . .'. Ello supone que el Estado debe delimitar y garantizar a través del derecho su actuación así como realizar la idea ética del Estado, que no viene entendida como un fin o contenido trascendente a la realidad estatal, sino como la propia sacralización de la autoridad estatal, o sea, del poder del monarca" (Pérez Luño, *op. cit.*, pp. 221 y 222). Un buen panorama brinda García Pelayo en su *Derecho constitucional comparado*, cit. (p. 157: "El Estado de derecho"), quien muestra su vaciamiento de contenido, y su identidad con Estado legal, cuando aborda el positivismo jurídico en el derecho constitucional (pp. 55 y ss.). Para el tema, ver también: Legaz y Lacambra, Luis, "El Estado de derecho" *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 6, 1951. También: Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1966. Para "la ordenación del Estado de derecho", ver Beneyto, Juan, *Historia de las doctrinas políticas*, Madrid, 3ª ed., 1958, pp. 404 y 405. Para las definiciones lexicales del Estado de derecho, ver Pérez Luño, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

normas basado en una jerarquía de órdenes, hasta los asesinatos en masa organizados por el régimen nazi, se llama derecho. Tal como las teorías positivistas entienden la "ciencia del derecho", el imperio del derecho es el imperio de la organización. Este concepto es tan inexpugnable como vacío.²⁵⁰

A nosotros, pues, la fórmula política del Estado de derecho al modo como siempre la hemos entendido, no nos resulta útil para el Estado democrático. La sustituimos por otra mejor: "Estado de justicia", en la que hay contenidos materiales satisfactorios para los derechos humanos.²⁵¹ Es verdad que, desde hace mucho, la locución Estado de derecho ha recibido, por consenso de la doctrina y por intencionalidad en su uso convencional, muchos de esos contenidos materiales, pero de todos modos no nos despojamos de la aversión que nos produce el recuerdo de su difusión en el positivismo germano del pasado siglo, vigorizado por el kelsenianismo en el presente.

Para quienes quieran seguir empleando la locución que impugnamos, como sinónimo de la nuestra "Estado de justicia", es aconsejable que: a) se descarte absolutamente la teoría alemana de la autolimitación del Estado; b) se exija una legitimación o legitimidad del derecho que organiza al Estado; c) se propongan ciertos contenidos fundamentales, como por ejemplo: 1) reconocimiento y garantías de los derechos personales; 2) imperio de la legalidad (entendida la ley como ley con un contenido de razonabilidad); 3) poder estatal limitado, distribuido, y controlado; 4) sometimiento del Estado y de los gobernantes al derecho legitimado por todo este repertorio de contenidos básicos, y 5) pluralismo sociopolítico libre.

Con estos lineamientos, o los que puedan serle análogos, la filosofía política nos brinda una fórmula esquemática de organización del Estado como paradigma del derecho constitucional, que ofrece albergue propicio a un derecho de los derechos humanos.

²⁵⁰ Friedmann, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, México-Buenos Aires, 1966, p. 499.

²⁵¹ Si "la razón constituye el único fundamento de cualquier posible legislación positiva" (Kant), hay que coincidir con Guido Fassò en que el Estado es al mismo tiempo Estado de derecho y Estado de justicia, sin que entre uno y otro haya antitesis, y ni siquiera distinción (Fassò, "Stato di diritto e stato di giustizia", en el vol. *Società, legge e ragione*, Milán, 1974, p. 32). El nexo entre Estado de derecho y Estado de justicia puede verse en los dos volúmenes *Stato di diritto e stato di giustizia*. *Atti del IV Congresso Nazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, 1963.

La teoría de la autolimitación

Al hablar del Estado de derecho acabamos de rechazar rotundamente la teoría alemana de la autolimitación. La entendemos así: antes, fuera, o por encima del Estado, no hay ninguna instancia que le sirva de límite heterónomo (ni de tipo jurídico, ni de cualquier otro tipo que admita, aunque con benignidad y relatividad, encuadrar en lo que antes concedimos llamar "objetivismo"); por ende, el eventual límite al Estado no puede ser otro que el que él mismo se imponga voluntariamente; este límite es el derecho positivo que crea el propio Estado, con el contenido que discrecionalmente escoja; la sumisión del Estado a "su" derecho positivo funciona como "autolimitación".

Tal noción de nada sirve, y es una versión contemporánea del *legibus solutus*. Para criticarla y amortizar su uso baste una cita de Dabin:

Por otra parte, aun admitiendo una limitación voluntaria que el estado sería libre de decidir o no, cabe preguntarse cómo semejante limitación podría significar sumisión al derecho. Por definición, una autolimitación excluye la idea de sumisión al derecho, pues el derecho supone una regla objetiva que se impone por su valor intrínseco, en tanto que la autolimitación procede de una voluntad si no arbitraria, si por lo menos libre de vínculos.²⁵²

Fluye claramente que un límite "autoimpuesto" es susceptible de ser "autoeliminado", con lo que si no recurrimos a otra clase de límite dado desde afuera o desde arriba, que sirva de marco objetivo e indisponible al derecho estatal, los derechos del hombre no encontrarán en tal derecho una hospitalidad suficientemente segura. Del "Estado de justicia" (o del Estado de derecho, para quienes con un contenido equivalente continúen usando el término) hay que expeler definitivamente la teoría de la autolimitación.

8. LA IDEA POLÍTICA DE LA PROMOCIÓN DE LA LIBERTAD Y DE LOS DERECHOS POR EL ESTADO

Hemos venido insistiendo en que la vigencia sociológica de los derechos humanos requiere holgar el espacio de libertad efectivamente disponible por cada persona, para ponerle por delante el tramo de acceso al disfrute de sus derechos. Y dijimos que cuando así no ocurre,

²⁵² *Doctrina general del Estado*, cit., p. 142.

son muchos los seres humanos que padecen bloqueo o castración en sus derechos. Es conveniente recaer en la idea de libertad positiva o libertad "para", que se concilie con el carácter positivo de los derechos fundamentales en cuanto posibles exigencias de prestaciones u obligaciones de dar o de hacer.

En una misma línea de ideas — eminentemente políticas, convocadas a plasmar en un derecho de los derechos humanos— recordábamos que el principio de reconocimiento y respeto a los derechos se completaba hoy con el de su promoción.

"Promover" puede ser entendido, y debe serlo, como moverlos hacia adelante, impulsarlos, hacerlos accesibles en la dimensión sociológica del mundo jurídico-político, estimular su disponibilidad a favor de cada titular y, de alguna manera, dar circulación a la libertad en todos los sectores y estratos de la sociedad.

El campo de mayor expansión de la libertad y de los derechos se tiende y abre en el de los derechos sociales y económicos —que abarca el de los llamados derechos culturales, como al menos lo anuncia uno de los Pactos de Naciones Unidas de 1966—. Comenta Recaséns que además de las barreras protectoras de la persona contra cualquier intromisión ajena injustificada, se piensa que la justicia requiere una serie de prestaciones sociales positivas en beneficio de los individuos,²⁵³ y con un lenguaje que compartimos añade que:

acontece que muchos hombres se encuentran amenazados por peligros, cohibidos por escaseces y angosturas, frustrados por falta de medios, por causa de situaciones que no les son imputables a ellos individualmente, sino que son el resultado de desajustes sociales. Tales limitaciones, deficiencias, penurias, dificultades —no imputables al individuo—, que son el resultado de estructuras y procesos sociales, deben ser remediadas, o por lo menos aliviadas, por la sociedad.²⁵⁴

Es cierto que los particulares —individual o grupalmente— son susceptibles de ser o quedar situados en el papel de sujetos pasivos obligados a prestaciones positivas (obligaciones de dar o de hacer) en favor de hombres (sujetos activos) que tienen apocados o bloqueados sus derechos.²⁵⁵ Pero es una política global —pluralizada en múltiples

²⁵³ *Traatado general de filosofía del derecho*, cit., p. 603.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 604.

²⁵⁵ En su artículo "Los derechos sociales: una reinterpretación" (*La Ley*, 25/II/1988) Miguel A. Padilla sostiene que cuando algunos derechos requieren, para

políticas de bienestar en los campos más deficitarios— la que puede arrimar soluciones generales de conjunto; y esa política global debe ser emprendida por el Estado como primer responsable de ese deber que, según Julián Marias, consiste en hacer posibles los derechos.²⁵⁶

Derechos posibles y derechos imposibles plantean un desafío que ni la filosofía política, ni la filosofía jurídica, ni el derecho de los derechos humanos, pueden evadir. Desde las dos primeras —para incitar a que el segundo preste el espacio de la positividad— hay que despararramar la idea de que el Estado debe promover los derechos para hacerlos posibles, y para erradicar todo lo que para muchos los vuelve imposibles. Posibles de disfrute, e imposibles de acceso a ese disfrute. Siempre merodeamos en la dimensión sociológica, y no en las fórmulas normativas que pueden permanecer en letra muerta.

Adviértase —dice sagazmente Recaséns Siches— que para caracterizar esta deuda positiva se ha empleado no sólo la idea de “prestación de servicios” sino también la de “suministro de condiciones”.²⁵⁷ De ahí que el área de mayor imposibilidad en el acceso y goce de los derechos se emplace en el de los sociales y económicos, y que sea en ella donde el objeto o la materia de los derechos tengan el carácter de un comportamiento de cooperación positiva por parte de otras personas,²⁵⁸ especialmente del Estado, aunque más no sea a través de la obligación

gozar de efectividad, una actividad positiva, ésta debe emanar en primer término de la comunidad, y sólo en forma subsidiaria del Estado.

²⁵⁶ “No se puede negar que el Estado sigue siendo el verdadero promotor y protector de los derechos económicos y que el contenido de éstos implica el derecho de exigir al Estado prestaciones positivas que tiendan a la satisfacción de las necesidades que los indicados derechos tutelan. Empero, no debe interpretarse que corresponde al Estado el deber exclusivo de proveer y crear directamente todas las condiciones de cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales... En consecuencia, el deber del Estado de efectuar prestaciones positivas debe entenderse en el sentido de un verdadero promotor, protector y guía del cumplimiento de los derechos económicos, sin que ello implique que sea el encargado directo de promover y suministrar todas las decisiones y los recursos para el cumplimiento de esos derechos... Por ahora basta con aceptar que las prestaciones estatales que tienen por propósito dar contenido a los derechos económicos, pueden ser de la más variada naturaleza, desde la abstención consciente, pasando por la promoción y dirección de iniciativas de base, hasta la provisión directa de los bienes y servicios que materializan el contenido de esos derechos. El problema de una nueva concepción de los derechos económicos consiste en determinar cuáles deben ser las prestaciones del estado, y su papel en general, para el desarrollo y protección de los derechos en referencia” (Vázquez G., Enrique, “Hacia una nueva concepción de los derechos humanos”, en *Revista I.I.D.H.* —Instituto Interamericano de Derechos Humanos— enero-junio 1987, 5, San José, Costa Rica, pp. 62-63).

²⁵⁷ *Tratado general de filosofía del derecho*, cit., p. 602.

²⁵⁸ *Idem*.

activamente universal ya explicada, cuando no resulte hacedero ni razonable hacerle asumir un deber personalizado frente a cada individuo en una relación de alteridad particularizada.

La categoría de los derechos del hombre —dice Rivero— se desdobra: los poderes de exigir que confieren a su titular un derecho de crédito respecto del Estado se yuxtaponen a los poderes de actuar que constituyen las libertades tradicionales.²⁵⁹ Y cuando la filosofía política y jurídica nos propone este principio, queda tendido el puente hacia el mundo jurídico, donde viene bien una cita de Peces-Barba, en la que comenta el ya aludido *status civitatis* de Jellinek, compuesto no sólo de derechos civiles y políticos, sino también de derechos sociales, económicos y culturales (“si son suficientemente concretos”, dice el autor citado): “En ese sentido, agrega, no podemos estar de acuerdo con quienes —desde una perspectiva de purismo liberal— niegan la posibilidad de que los derechos económicos, sociales y culturales se puedan introducir en la categoría jurídica de los derechos subjetivos”.²⁶⁰

Con total adhesión a este aserto, nos complace que se destaque el carácter ontológico de derechos subjetivos en esta serie de los socio-económicos y culturales, en tanto se logre con realismo y racionalidad detectar y situar al sujeto pasivo obligado a dar o a hacer algo. Y si con ese esfuerzo fallamos, al menos podremos acudir a los ya explicados derechos por analogado y a la obligación activamente universal. Todo ello es útil para la promoción de los derechos, tanto como recordar con Recaséns que el hecho de apodarse a este plexo como derechos “sociales” no destituye de subjetividad a cada uno de ellos, que sigue siendo un derecho “individual” (o del hombre), sólo que los clásicos derechos individuales tienen como objeto predominantemente una conducta propia del individuo, mientras los “sociales” serían los que García Máynez cataloga como derechos a la conducta ajena, es decir, que requieren el concurso positivo del sujeto pasivo.²⁶¹

Cierto que cabe en lo posible —dice Recaséns— que en algunos casos y durante un tiempo transitorio no se haya determinado el sujeto pasivo de una relación jurídica, es decir, la persona obligada a cumplir con el deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo

²⁵⁹ *Les libertés publiques. I. Les droits de l'homme*, Paris, 1973, p. 101.

²⁶⁰ Peces-Barba, *Derechos fundamentales*, cit., p. 60.

²⁶¹ Ver: Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 601.

de una persona; pero la posible indeterminación provisional del sujeto del deber jurídico de ningún modo implica la ausencia de éste.²⁶²

Es claro que hay que tomar precauciones para no tipificar como derecho subjetivo un "derecho" imposible, cuya imposibilidad de ser derecho dimana de la ausencia de un mínimo de posibilidad para situar del otro lado a un sujeto pasivo y a una obligación razonable a cargo de él. Cuando tratemos los aspectos constitucionales —especialmente de naturaleza normativa— explicaremos esta precaución. Por ahora sólo la recomendamos, aunque sin abdicar de la índole subjetiva o individual de todo derecho que, aun calificado como "social", ofrece ontológicamente el diseño de un derecho personal.

9. EL LIBERALISMO EN SOLIDARIDAD SOCIAL

El repaso siempre nutritivo de Ortega y Gasset nos hizo hace un tiempo hablar de un liberalismo en solidaridad social,²⁶³ y ahora debemos incorporar la idea a nuestro tema.

El Estado que históricamente surgió como Estado liberal con el despunte del constitucionalismo moderno respiró el aire del Estado abstencionista, en reacción al absolutismo monárquico. Qué mejor que poner en retaguardia a un Estado como el que se quería superar y sustituir; el *laissez faire* debía ser el lema del Estado nuevo que, dando realidad a los postulados del liberalismo que le sirvió de inspiración ideológica, había de preservar y garantizar al hombre su esfera de autonomía y su espacio de ejercicio de la libertad. Los derechos civiles hicieron de meollo al Estado liberal.

Pero ese liberalismo fue, como toda ideología política, histórico; o sea, propio y tributario de una época, de una cultura, de unas creencias; y cuando satisfizo todo eso, cumplió su ciclo, y lo cumplió bien y con éxito, legando como herencia el principio de que el Estado debe omitir intromisiones, impedimentos, violaciones, e interferencias al libre ejercicio de los derechos. La herencia no se ha dilapidado, ni debe dilapidarse, pero el liberalismo de hoy —siglo XX en su ocaso— es y debe ser histórico como el otro, lo que desde nuestro punto de vista significa que ha de retener incólume el valor y el principio de la libertad —que en eso consiste el liberalismo como organización sociopolítica

²⁶² *Ibidem*, p. 601.

²⁶³ Ver, con el título de "Interpretando a Ortega: para un liberalismo en solidaridad social", nuestro libro *La re-creación del liberalismo*, cit., p. 262.

de la libertad—, pero ha de interpretar y valorar la libertad no sólo en su faz negativa de libertad “de” sino además y asimismo en la otra de libertad positiva o libertad “para”, que es la de la promoción de los derechos, conforme a las valoraciones predominantes de nuestras sociedades finiseculares, azotadas por el flagelo de los marginamientos sociales y de las hiposuficiencias tantas veces mentadas en este trabajo.

Si no hay un solo liberalismo sino muchos posibles —tal vez uno para cada época, porque el liberalismo es histórico en cada una de sus pluralizaciones empíricas y circunstanciales— el liberalismo posible, y deseable, de nuestro tiempo tiene que ser un liberalismo en solidaridad social, en una sociedad articulada y vertebrada por las obligaciones, las contenciones, las limitaciones, donde los derechos sean accesibles para todos, donde las capacidades de unos se recorten razonablemente para aumentar las de otros que son menos o nada favorecidos, y donde la libertad circule sin sectorializaciones depresivas y sin ínsulas desigualitarias. La aludida distribución razonablemente igualitaria de la libertad, sin disminuir el énfasis de la libertad, reclama igualdad razonable en una curva ascendente hacia la optimización del bienestar.

El viejo Estado liberal ya no es hoy Estado de justicia, porque no abastece un contenido material que está presente en las valoraciones sociales de la actualidad, y que viene dado y exigido por los criterios del valor justicia y de su deber ser ideal cuando entra en intersección con la realidad histórica contemporánea. El Estado liberal de nuestros días debe ser un Estado de libertad en solidaridad social, y nuestro liberalismo —como inspirador y orientador de ese Estado— necesita “re-crearse” a tenor de una fórmula análoga; en suma, el sistema de valores da por incorporados a él, y en circulación con todo su plexo, al valor solidaridad, al valor desarrollo, al valor bienestar general porque, por encima, coloca en el orbe de la ética al valor personalidad.

Hay que calibrar bien si lo que fue un elemento constitutivo de la configuración constitucional del liberalismo tiene funcionalidad y valor para el Estado actual.²⁶⁴ En su hora, aquel liberalismo abstencionista —e individualista— significaba el modo con que en un momento, también histórico como ese mismo liberalismo, se habían sentido y considerado los presupuestos o las condiciones de la libertad, tratando de resolver, con las condiciones y las ideas de un momento dado del proceso histórico, el problema de las relaciones entre el hombre y el Esta-

²⁶⁴ Ver: Forsthoff, E., *El Estado de la situación industrial*, Madrid, 1975, p. 250.

do.²⁶⁵ No cabe estirar en prolongación desajustada la fórmula histórica del Estado liberal a un Estado posterior a él en dos siglos, en el que la situación política del hombre demanda pasar de las subjetividades de los derechos civiles a las de los derechos sociales. La solidaridad social tiene que funcionar como un equilibrio de la libertad para redistribuirla en forma razonablemente igualitaria. Hacer irrevocable a la figura del Estado liberal decimonónico es incurrir en una falta de adaptación de la libertad y de los derechos a las circunstancias de hoy, que en mucho rebasan a los primitivos requerimientos liberales.

10. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO O DE BIENESTAR

La idea central del liberalismo que ofrece permanencia es la de libertad, pero esa permanencia se historiza y decanta sobre el curso del tiempo y de las valoraciones sociales. Por eso, si ahora se concede al léxico político seguir hablando de Estado liberal, el concepto mentado con esa denominación necesita transformar al originario para dar cabida al de Estado social de derecho, o Estado de bienestar social, o Estado de democracia social, y para delinear a la democracia como un régimen político de libertad que excede la mera libertad negativa propia de los clásicos derechos civiles. La Constitución española de 1978 definirá, por eso, a España como un Estado social y democrático de derecho que, si aspiramos a estereotiparlo como fórmula política general, anidaría a los derechos humanos en su dimensión más amplia, conectada con un sistema de valores propio de lo que hemos llamado Estado de justicia, con sus contenidos materiales fundamentales.²⁶⁶

En el Estado social de derecho se pretende suministrar las condiciones de acceso al goce de los derechos humanos por parte de todos los hombres y a la disponibilidad de un espacio de libertad igualitariamente repartido, en circulación por todos los ámbitos de la sociedad, precisamente para liberar el tramo, indispensable de recorrer, desde los derechos en que "se está" hacia el de los derechos en que "se debe estar". Se trata de desbloquear los derechos imposibles mediante la promoción de los derechos y la satisfacción del débito político de hacerlos posibles.

Ni se imagine que el Estado social de derecho o de bienestar es un Estado colectivista, antiliberal, paternalista, o estrangulador de las

²⁶⁵ Ver: Gorla, G., *Commento a Tocqueville. L'idea dei diritti*, Milán, 1948, p. 103.

²⁶⁶ Ver: Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit..

energías sociales espontáneas, de la iniciativa privada, del pluralismo social libre y competitivo, de la economía basada en el mercado y en la propiedad privada. La gestoría coordinadora —o hasta planificadora— a cargo del Estado no aniquila ni asfixia ninguna de las libertades personales ni de la libertad que llamamos social (en cuanto es la que propiciamos para los múltiples grupos del pluralismo social en todos los campos —económico, cultural, religioso, político, etcétera—). Es la articulación estatal del bienestar general o bien común, que no equivale a que el Estado tome directamente a su cargo la totalidad de tareas, prestaciones y servicios que abastecen a aquel bien, pero sí a que adopte, promueva, integre y concilie políticas de bienestar, con participación de la sociedad, y hasta con plena aplicación del principio de subsidiaridad (que en lo básico enuncia que el Estado no debe hacer por sí lo que con eficacia son capaces de hacer tanto los particulares como los grupos sociales con su propia iniciativa privada).

Una interesante versión del Estado social de derecho es la que lo propone como propio de una sociedad activa y participativa, que bien puede ser la sociedad organizacional de García Pelayo con su pluralismo en libertad, más la participación y el control. Ya sabemos lo que significa participar o tomar parte; aquí no se trata de politizar en sentido "partidista" a todos los grupos sociales cuando por su específica finalidad son ajenos —y deben ser ajenos— a las políticas que movilizan los partidos; si se trata de una participación en el proceso político o proceso de poder para tener y tomar intervención en él cuando las decisiones de poder se relacionan con los intereses propios del fin social de cada organización. Y tal participación —de la que más adelante diremos que equivale a la apertura del proceso político, o al poder abierto— incluye el control social sobre el poder y sobre el proceso político en general. (No se olvide que Loewenstein, cuando propone superar y reemplazar la clásica división del poder en sus tres consabidas funciones, incorpora a la nueva categoría que elabora, el control de las decisiones del poder).²⁶⁷

Movilizando a una sociedad activa en su pluralismo libre, en su participación, y en el ejercicio vigilante del control sobre el poder, el Estado social de derecho ensancha su horizonte de tal forma que nos permite entender e interpretar lo que Friedmann llama el ideal democrático de justicia, basado en tres pilares ya comentados por nosotros:

²⁶⁷ Ver: Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 62.

igualdad, libertad y control definitivo del gobierno por el pueblo.²⁶⁸ Su enfoque abarca cinco funciones o actividades estatales: el Estado como protector (de los derechos, diríamos a los fines de este estudio); el Estado como dispensador de servicios sociales; el Estado como administrador industrial, en papel de director de actividades comerciales e industriales; el Estado como contralor económico para adjudicar y distribuir recursos; y el Estado como árbitro.²⁶⁹

11. EL PROBLEMA DE LOS LÍMITES Y LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este es, seguramente, uno de los puntos más conflictivos de la filosofía política, y según cuáles sean sus pautas, podremos obtener alguna orientación para solucionarlo o resolverlo en el campo del derecho constitucional, es decir, en el mundo jurídico-político.

Lo primero de todo consiste en averiguar si los derechos son de por sí limitados, o tienen límites, o pueden tenerlos en la positividad; cuando se responde que sí, suele afirmarse que los derechos son relativos y no absolutos, entendiéndose aquí por relatividad la posibilidad de imponerles limitaciones en su ejercicio. Pero ¿cuándo, cómo, con qué alcance, y para qué?

Es bastante habitual —aunque a lo mejor el lenguaje no resulte del todo feliz y exacto— aseverar que esas posibles limitaciones provienen del bien común, o se imponen por exigencias de él, para hacerlo accesible.²⁷⁰ Las alegadas razones de bienestar general aparecen con frecuencia en las decisiones judiciales, cuando los tribunales de la jurisdicción constitucional deben resolver si una limitación concreta impuesta al ejercicio de un derecho, viola o no ese derecho y a la Constitución que lo reconoce, o si es razonable o irrazonable (según la pauta de

²⁶⁸ *El derecho en una sociedad en transformación*, cit., p. 501.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 504 y ss.

²⁷⁰ Véase cómo Nino asume una tesis contraria, al afirmar que se incurre en un error lógico cuando se dice que el reconocimiento de los derechos individuales básicos está limitado por la necesidad de perseguir el bien común. Las cosas —agrega— son exactamente al revés: "la función principal de los derechos... es la de limitar la persecución de objetivos sociales colectivos...". Pero a continuación aclara que esto no excluye la legitimidad de perseguir esos objetivos, o sea, de promover el bien común, cuando ello no implica vulnerar los derechos individuales básicos (*Ética y derechos humanos*, cit., p. 126). Tal vez, pudiéramos sugerir que —como punto intermedio— se dijera que el bien común no legitima "vulnerar" derechos, pero sí reputarlos "limitados" o "limitarlos" (razonablemente), dando por cierto que vulnerar no es igual a limitar.

razonabilidad —cuyo opuesto es la arbitrariedad— que utilizan, por ejemplo, las Cortes Supremas de Estados Unidos y de Argentina).²⁷¹

Si al bien común se lo diversifica en algunos de sus ingredientes fundamentales, se dice con más precisión que las limitaciones resultan válidamente impuestas cuando recaen sobre un derecho cuyo ejercicio en determinada circunstancia ofende o conculca derechos ajenos, o el orden, o la moral pública. (Así, por ejemplo, surge de la fórmula que usa el artículo 19 de la Constitución argentina).

Otras veces se echa mano de un *slogan* o lema filosófico que, cuando traslada su aplicación a la positividad del mundo jurídico-político, ofrece muchísimo riesgo, sobre todo de manipulación malintencionada; ese lema es: no hay (o no se reconoce) libertad para atentar contra la libertad. Si filosóficamente este principio admite de buena fe una interpretación correcta (y recuérdese que en ese sentido lo invoca Recaséns), su uso político por los gobernantes de turno es capaz de encubrir las más graves lesiones a los derechos del hombre y a la libertad *lato sensu*; piénsese no más en la doctrina de la "seguridad nacional", tan frecuentemente empleada y aplicada en nuestra América, especialmente por gobiernos militares, que por algo fue condenada en el importante Documento de Puebla por los obispos del continente en 1979.

Es menester, entonces, pulir bien los conceptos en filosofía política, para después acertar en la forma y las condiciones como puedan trasladarse a su aplicación en el mundo jurídico.

A. *La ontología de la limitación de los derechos*

A lo mejor pasó desapercibido que en afirmaciones que hemos hecho anteriormente dijimos que los derechos del hombre son derechos del hombre "en sociedad", o sea, derechos que existen porque hay muchos hombres que conviven, y que son de cada quien, pero de todos, en forma que si "yo" soy titular de ellos, también lo son "tú", "él", "el otro", y cada ser humano individual que comparte el nosotros social. Esto suele entenderse y admitirse, pero cuesta practicarlo y tolerarlo, porque existe tendencia a vigorizar el derecho del "yo", olvidando que hay otros tantos "yo" en cada uno de los demás hombres, que es titular de iguales derechos y libertades que mi "yo". Y como

²⁷¹ Un muy buen estudio del tema puede verse en: Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1970.

los "yo" ajenos son tan seres humanos o personas como mi "yo", es bueno insistir en esto desde el plano especulativo de la filosofía política.

Del Vecchio nos acerca una noción que no por común a los filósofos pierde interés de citar, para escarbarle todo su contenido. Dice él que la idea de justicia contiene dos elementos: la alteridad o bilateralidad, y la reciprocidad o correlación indescindible; según esto, la afirmación de una personalidad es limitación respecto de la personalidad de otro, necesariamente afirmada en el mismo acto; y dicha limitación es a la vez separación y conjunción o yuntura, porque la exigencia de una parte se coordina el deber de la otra, y ninguno de ambos términos puede subsistir por sí, ya que cada uno de ellos vale recíprocamente como complemento del otro, y deriva de éste su propio sentido.²⁷²

Hay aquí mucha riqueza conceptual, y podemos ir desmenuzándola a tenor de los siguientes puntos: a) cada hombre y todos tienen derechos porque "hay" pluralidad de seres humanos; b) el derecho de cada hombre como sujeto activo tiene su deber correlativo en uno o más sujetos pasivos, entre los que vimos ya que se cuenta tanto el Estado como los demás hombres; c) como principio, cada hombre debe respetar el derecho de cada uno de los otros hombres, al menos como obligación de abstención u omisión (no violárselo, ni impedirle que lo ejerza); d) para la vigencia sociológica de los derechos de todos los hombres, no basta que "yo" disfrute la disponibilidad y el goce de los míos, sino que es menester igual disponibilidad y goce en cada uno de los otros hombres; e) yo debo tomar en consideración que "mis" derechos están ontológicamente a mi disposición dentro de una sociedad en la que los otros tienen los "suyos", o sea que mis derechos, y los de cada uno de los demás, son derechos del hombre "en sociedad"; f) si se quiere hablar de limitación de los derechos desde la perspectiva ontológica, hay que admitir que aquella relatividad de los derechos que se usaba lexicalmente para denotar su naturaleza limitada se vuelve un principio filosófico, porque a nadie se le puede reconocer un derecho con cuyo ejercicio se desconozca el mismo derecho, u otro distinto, en los demás; g) la alteridad o relación intersubjetiva entre sujeto activo de un derecho y sujeto pasivo cargado con un débito debe estirarse hasta que la reciprocidad de "derecho-obligación" sea vista también como reciprocidad entre todos los hombres en una igualitaria disponibilidad de ejercicio y disfrute de los derechos por cada quien y por

²⁷² Tomamos la explicación de la versión de Recaséns Siches en *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, cit.

todos, lo que se asemeja a la idea circulatoria de la libertad igualmente distribuida en modo razonable, a la que con anterioridad habíamos asignado muchísima importancia; *h*) cuando "yo" reivindico un derecho "mío" porque valoro que una limitación que soporta o debe soportar lo desnaturaliza, desconoce, o transgrede, debo previamente razonar con suficiente imparcialidad que en la esencia o naturaleza de mis derechos está presente el elemento social de todos los derechos, o sea, el "ser" derechos del hombre "en sociedad"; habrá después de ponderarse si la aludida limitación responde o no razonablemente a esa intrínseca capacidad de ejercer cada derecho en la medida en que "socialmente" corresponda ejercerlo; y a esta adecuación razonablemente proporcionada a la naturaleza social de los derechos la llamamos, sin óbice alguno, la función social que cada derecho lleva, intrínseca y ontológicamente, adherida a su propia esencia o naturaleza; *i*) todo consiste en un esfuerzo, difícil pero no imposible, para dilucidar en cada caso si la limitación de un derecho traspassa o no esa frontera de su adecuada proporcionalidad razonable a la función social que le es constitutivamente anexa.

Ya la Declaración francesa de los derechos, de 1789, apuntaba a una noción análoga cuando su artículo 4 decía que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro, "así que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. . .".

Es claro que el actual horizonte del Estado social de derecho nos lleva a interpretar que los límites que aseguran a otros el disfrute de iguales derechos a los míos, son holgados, porque cuando la capacidad de disfrute está estrangulada en algunos porque no disponen de los carriles para acceder a ese mismo disfrute, a lo mejor será razonable que mi capacidad se limite o recorte si de ese modo se puede arribar como resultado a un acrecimiento de aquellas capacidades obstruidas, apocadas, o estrechas en otros.

Y otra cita de un renombrado autor corrobora lo dicho. Dabin explica que el derecho subjetivo nace con la aparición de otros hombres; "ya se comprende que esos otros hombres, también individuales, comparten la misma condición y podrán reclamar idéntico respeto de su individualidad y de lo que la constituye. En este sentido es en el que el derecho, incluso subjetivo, supone la vida social".²⁷³ Si Robinson no

²⁷³ *El derecho subjetivo*, cit., p. 50.

puede tener derechos, y ni yo ni ninguno somos Robinson, mis derechos y los de cada uno de los otros, son derechos humanos en sociedad, que tienen una igual capacidad de disfrute, por lo que el respeto que predica Dabin no es hoy una pura abstención de conductas negatorias o frustratorias, sino una disponibilidad real de acceso efectivo al mismo disfrute. Yo y la sociedad, el hombre y su convivencia, son históricamente simultáneos, porque el hombre es constitutivamente social *ab initio* o *a nativitate*, con apertura a la sociabilidad; no hay ni hubo un hombre individual que a la vez no sea o fuera naturalmente social, porque la especie humana no nació con destino de un solo hombre individual y único, sino de una pluralidad en convivencia. Esto acentúa sobremanera la reciprocidad de los derechos como derechos de cada hombre y de todos en sociedad: los míos, los tuyos, los de él, los de todos, en nostridad articulada y vertebrada. Y destaca también al valor solidaridad, para que mi yo no reivindique mis derechos en aislamiento o disyunción con iguales derechos de los demás, ni rehuya las limitaciones que razonablemente se les imponga a causa de su función social. La defensa de los derechos incluye, por eso, la generalidad en reciprocidad, que se perturba o frustra cuando yo estoy en condiciones de acceder al goce de los míos mientras otros están gravemente discapacitados para un razonable acceso igualitario. Otra vez rondamos las insulas de la libertad privada de circulación social, que hieren la reciprocidad razonablemente igualitaria de oportunidades.

La igualdad de oportunidades, entroncada con aquella libertad que hacia de mitad de la democracia (porque la otra mitad era la igualdad) es imperiosa para que no exista disfuncionalidad o antifuncionalidad social en el ejercicio de los derechos.

Si "la sociedad no es un producto artificial y voluntario de los hombres... sino el modo específico de vivir del hombre",²⁷⁴ los derechos llevan inherentes a sí la función social, porque son derechos para ser accedidos, ejercidos, y gozados conforme a ese modo —social— específico del vivir del hombre que es titular de tales derechos.

Cuando Ortega decía crudamente que se es incivil y bárbaro en la medida en que no se cuenta con los demás, en que se supone que yo solo existo, en que no se hace cargo de la convivencia, en que se cree que cada cual puede crecer indefinidamente y sin limitación alguna²⁷⁵ nos estaba dando, a la distancia, una elocuente lección para recoger

²⁷⁴ *Bosquejo de una sociología del derecho*, 2ª ed., México, 1965, p. 40.

²⁷⁵ *La rebelión de las masas*, 6ª ed., Espasa-Calpe, p. 93.

en nuestra filosofía de los derechos humanos. Derechos humanos sin solidaridad, sin reciprocidad, sin libertad circulatoria, sin igualdad de oportunidades, sin función social, son derechos de privilegio, son derechos sectoriales, son derechos que en los aledaños de la sociedad hacen escarnio de sí mismos, porque son de algunos y no de todos, porque burlan la universalidad general con que tanto se los pregona literariamente.

B. *¿Hay jerarquías entre los derechos humanos?*

En rigor, este tema lo vamos a pormenorizar mejor cuando abordemos los aspectos constitucionales y normativos, pero ya nos presta ocasión para la reflexión filosófica que le servirá de apoyo.

Pensemos retrospectivamente en cosas ya dichas acerca de la conexasidad de los derechos con bienes, necesidades y valores. La vida, la dignidad, la vivienda, el trabajo, la ganancia, el salario, la propiedad, la expresión libre, etcétera, no están en un mismo nivel. Puede ser difícil buscar escalas y comparaciones en algunos casos, pero en otros es fácil, y siempre es posible. Cualquiera comprende que la vida vale más —o es un bien privilegiado— si se la pone en confrontación con la propiedad, que vale menos —o es un bien inferior—; lo mismo ocurre entre el honor y la libertad de prensa.²⁷⁶

Esto lo decimos para explicar que cuando hay que relacionar el derecho de una persona con el derecho de otra, o cuando hay que resolver un conflicto entre distintos derechos o libertades,²⁷⁷ es posible que se ponga en juego la idea de la limitación de los derechos: ¿cuál se va a preferir, o cuál se va a limitar para holgar otro? Si se acude a la idea de limitación, hay que ver cuál de los derechos en conflicto ha excedido la limitación en que debió moverse su ejercicio, o cuál admite una limitación más severa en beneficio del otro. Por supuesto que en los casos reales será el derecho constitucional el que deberá acercar la

²⁷⁶ Salvador de Madariaga observaba ya en 1947 que los derechos del hombre son de calidades y valores diferentes, "y es de importancia el que se cree una escala sobre la que se llegue a un acuerdo, de tal manera que no se permitan limitaciones de los derechos principales o esenciales en favor de los inferiores o menos importantes" ("¿Derechos del hombre o relaciones humanas?", en la obra colectiva de la UNESCO *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, México-Buenos Aires, 1949, p. 49).

²⁷⁷ Para los posibles conflictos en que entra en cuestión la libertad, ver: Ruiz Miguel, A., "Sobre los conceptos de la libertad", *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983, p. 544.

solución razonable; pero bien podrá inspirarse en el argumento filosófico de la diversa jerarquía de bienes, necesidades y valores que ahora presentamos como un tema central entre los muchos que se vinculan con la limitación de los derechos.

C. El llamado "derecho-deber" ¿es una limitación al ejercicio libre del derecho?

En acápites anteriores nos hemos ocupado del supuesto "derecho-deber" y, por lo menos en algún ejemplo allí analizado, llegábamos a la conclusión de que no era feliz, a nuestro criterio, esta categoría de derechos de ejercicio obligatorio.

Ahora hallamos margen para otro comentario adicional, en relación con la limitación a los derechos.

Es así porque en ciertos casos reales, alguna obligación impuesta a una persona es captada como una limitación al derecho de ella que parece endurecerse bajo la forma de un deber. Veamos. Pártase de la hipótesis de un Estado que acaba de concluir una guerra, a raíz de la cual queda en su población un número elevado de inválidos con discapacidad laboral muy mermada. Esas gentes no van a tener, o no tienen, posibilidad de empleo accesible en el mercado de trabajo de su sociedad. Entonces el Estado dicta una legislación por la cual toda empresa que ocupa una buena cantidad de empleados (supongamos, más de doscientos) tiene la obligación de proporcionar un empleo adecuado a su incapacidad a un mínimo porcentaje razonable de discapacitados, de modo que para reclutar a sus dependientes dicha empresa deberá reservar tal porcentaje a favor de inválidos de guerra.

Entonces surge la pregunta: si el derecho de contratar tiene como contenido el decidir si se va a contratar o no, para después elegir con quién (si es que se opta por contratar) y para regular bilateralmente con ese quién los derechos y obligaciones contractuales, ¿qué es lo que hay en la aludida contratación obligatoria: una limitación al derecho de contratar, que aparece entonces como "derecho-deber", o un impedimento al ejercicio del derecho de contratar como libertad de contratar o de no contratar?; y, de ser lo último, ¿también es correcto decir que cuando se impide ejercer un derecho se lo está limitando, o más bien conviene decir que no hay limitación al ejercicio de ese derecho sino simplemente una obligación que no deja ejercerlo (con lo que también habría que aceptar que si no hay derecho limitado por un ejercicio obligatorio no hay "derecho-deber")?

Si nos ceñimos nada más que al ejemplo, es probable que sea admisible el siguiente razonamiento: toda empresa necesita, para desarrollar sus actividades propias, contar con un cierto número de empleados; por ende, el titular de esa empresa está dispuesto a contratar (con quienes él elija) para formar su plantel y distribuir entre él la diversidad de tareas a cumplir en la empresa; si se le impone contratar inválidos de guerra en determinado porcentaje mínimo, no se le deja ejercer su derecho de contratar o no contratar, porque indefectiblemente tendrá que contratar con algunos discapacitados; pero la decisión ejercida de contratar para integrar su plantel está predeterminada y asumida por la empresa, de modo que la supuesta ley sólo le señala algo como esto: usted tiene una empresa, y para llevar a cabo su actividad ya ha tomado libre y voluntariamente su opción por contratar a quienes usted escoja y seleccione, de modo que con esta ley no se lo obliga a nada que usted no haya decidido antes por sí solo; lo que le impongo es que, resuelto a contratar, contrate un porcentaje de discapacitados entre y sobre el total del personal que también usted ha considerado necesario para componer su plantel laboral; usted también elegirá cuáles inválidos de guerra incorporará a su empresa.

De prosperar el argumento ¿no parece que más que privarlo del derecho de contratar o de no contratar, se lo está obligando —dentro de la contratación que ya él previamente decidió en ejercicio de su libertad y opción— nada más que a dar cabida a un porcentaje de personas (inválidos de guerra) que él también podrá seleccionar entre cuantos de esa categoría se postulen para ingresar a su empresa? Entonces, ni creemos que en el ejemplo haya limitación al derecho de contratar o de no contratar, ni que estemos ante un derecho de ejercicio obligatorio (derecho-deber); lo que hay, más bien, es una obligación que puede reputarse razonablemente impuesta en determinada circunstancia de gravedad e interés sociales, en relación con un derecho cuyo ejercicio ya fue decidido libremente por su titular (el empresario, persona física o persona jurídica) y que, por ende, no puede reputarse legalmente impuesto como obligación bajo la forma de "derecho-deber".

El primer contenido del derecho de contratar (optar por contratar o no) no quedaría afectado; el segundo (elegir con quién, si es que se opta por contratar) tampoco al menos en el sentido de que no se le impone hacerlo con persona determinada, sino únicamente elegir algunas de ellas entre la categoría de los inválidos de guerra; y tampoco el tercero (pactar derechos y obligaciones), salvo en cuanto a asignar

un tipo de tareas proporcionado a la discapacidad de los inválidos. Este puede, pues, ser un enfoque.

No por proponerlo pensamos que sea el único viable, porque bien podría admitirse que realmente estuviéramos ante una aguda limitación al derecho de contratar, y habría que dilucidar si respondería al canon o patrón de razonabilidad, o no. Pero, de todos modos, no es demasiado fácil —si en el ejemplo alguien da por cierto que el derecho de contratar o no contratar ya no existe como derecho de ejercicio optativo y libre para el empresario— hablar de limitación a ese derecho, porque la idea de limitación presupone más bien una restricción (cualquiera sea su intensidad) que una prohibición de ejercerlo, o un deber de ejercerlo (si es que se asume el tipo de “derecho-deber”).

Es útil manejar la idea que con cita de Pedro Cruz Villalón recuerda Pérez Luño: se lesionaría el contenido esencial de un derecho en el caso de que éste quedara sometido a limitaciones que lo hicieran impracticable, lo dificultaran más allá de lo razonable, o lo despojaran de la protección necesaria.²⁷⁸ Proyectando esta idea a cada caso se puede tentar una conclusión en torno de las eventuales limitaciones a un derecho, conjugando paralelamente el discutido tipo del supuesto ejercicio obligatorio de un derecho, o “derecho-deber”.

Nuestra apreciación en torno del ejemplo antes propuesto en torno de la contratación obligatoria de discapacitados de guerra variaría mucho si tomáramos otro caso, registrado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina (caso conocido con el nombre de “Cine Callao”). Cuando una ley obligó a las salas de exhibición cinematográfica a intercalar en sus programaciones espectáculos distintos (en los que había que ofrecer al público ciertas variedades), el denominado “número vivo” fue cuestionado por inconstitucional, en cuanto para cumplir su imposición legal el empresario cinematográfico debía contratar artistas de variedades; ello no sólo lo obligaba a tal contratación fuera de la actividad (cinematográfica) por él escogida, sino muchas veces a remodelar la sala para posibilitar el desarrollo del número vivo en un escenario adecuado; por fin, no se permitía trasladar esos costos al precio de las localidades que abonaban quienes asistían al espectáculo. La Corte por mayoría declaró que la ley era constitucional, razonando —entre otras cosas— que perseguía una finalidad legítima y válida en tanto procuraba proporcionar ocupación a artistas de variedades que tenían dificultad para conseguir mercado de trabajo.

²⁷⁸ Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 311.

En discrepancia con esa decisión, hemos interpretado que la contratación obligatoriamente impuesta en un área de actividad que no era la que había escogido el obligado (porque éste se dedicaba al rubro de exhibiciones cinematográficas) más todas las cargas adicionales ya explicadas, resultaba inconstitucional. Pero siempre queda librado al razonamiento filosófico, previo al análisis constitucional, el poder responder a este interrogante: ¿corresponde hablar de limitación a un derecho cuando su ejercicio se convierte en obligatorio, o cuando se prohíbe ejercerlo? Y volvemos a decir que más bien parece que la limitación apunta a la idea de una restricción, por lo que no sería totalmente exacto hablar de limitación a un derecho en los supuestos aludidos de ejercicio obligatorio del mismo, o de ejercicio vedado. Y ello más allá de que se utilice o no la categoría dudosa del "derecho-deber".

D. *Los límites objetivos y subjetivos de los derechos*

Aunque surge de muchos párrafos anteriores que nuestra vacilación ante el supuesto "derecho-deber" nos lleva más bien a negar su existencia que a admitirlo, damos por verdad una cosa diferente: que los derechos llevan y tienen en sí mismos un carácter limitado o relativo, y una función social, por lo que su ejercicio implica el deber de no extralimitarlos, o si gusta más, el deber de no violar ni interferir los derechos ajenos, el orden, la moralidad pública, etcétera.

Estamos ante la noción de un ejercicio funcional; y funcional en cuanto debe ajustarse a la función social de cada derecho personal. Se advierte que ello no es igual a predicar que el mismo derecho sea a la vez un deber, o que el ejercicio del derecho sea obligatorio en algunos casos. Aquí hablamos del "deber" de ejercer cada derecho dentro de lo que son sus límites objetivos.

Hay bastante analogía con lo que Sergio Cotta llama "la paridad ontológica entre los sujetos de derechos", en virtud de la cual ninguna persona puede pretender gozar solamente de sus derechos desligándose de obligaciones y relegando a los otros su cumplimiento; así como hay asimismo paralelo con Laski cuando dice que la posesión de los derechos no significa la de pretensiones que estén exentas de deberes.²⁷⁹

Nos interesa destacar sobre todo el deber de respeto al derecho ajeno, en torno del cual Morelli anota que en el ordenamiento jurídico

²⁷⁹ Cotta, "Attualità e ambiguetà del diritti fondamentali", en *Diritti fondamentali dell'uomo*, cit., p. 23; Laski, *Los derechos del hombre*, cit., p. 6.

los derechos se conceden no a una persona singular o individual, sino a todas, por lo que en el derecho de los demás, reconocido en base a la misma disposición, debe verse un límite al derecho individual. Y sobre todo es proficua su idea de que tal límite está dado no solamente por un igual derecho del otro respecto del mío, sino además por cualquier otro derecho ajeno que eventualmente pueda tener interferencia o conflicto con el mío. "En otros términos --añade-- todo derecho encuentra un límite genérico en la esfera jurídica que en el ordenamiento jurídico es reconocida a los otros. . .".²⁸⁰

A veces, con exceso de prolijidad, se distingue lo que es el "límite" de los derechos, de lo que es su "limitación". El mismo Morelli distingue una cosa y otra, cuando dice que el límite se refiere al derecho en sí, o a la posición en abstracto de la esfera de acción de un sujeto, mientras la limitación se refiere a la restricción o a la disminución de dicha esfera del sujeto.²⁸¹

De aceptarse esta dicotomía, podríamos aventurar que los límites se refieren a la relatividad intrínseca u ontológica de los derechos, que por ser derechos del hombre en sociedad, resultan relativos y no absolutos o ilimitados; y las limitaciones vendrían a ser la susceptibilidad de ser sometidos a restricciones o recortes razonables, en razón de los límites intrínsecos. Pero para no incurrir en complicaciones lexicales o de conceptos, concedamos que "límite" y "limitación" puedan usarse como equivalentes.

En cambio, sí puede resultar útil la dualidad de límites objetivos y límites subjetivos.²⁸² Límites objetivos serían los intrínsecos que derivan de la propia naturaleza del derecho y de su función social, así como las limitaciones externas (de aceptarse la dicotomía de límite y limitación) que se imponen a su ejercicio por causa de los derechos de terceros, de la moral pública, del orden y, para quienes aceptan que el bien común es un límite, también por razón del mismo bien común. Límites subjetivos serían los provenientes de la actitud del sujeto titular del derecho, que lo ejerce de buena fe, funcionalmente, y en subordinación a los límites objetivos.

Tanto los límites objetivos como los subjetivos son susceptibles de no ser respetados, en cuyo caso el titular incurso en esa responsabilidad no merece la protección que tutela a los derechos; pero indagar

²⁸⁰ Morelli, G., *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno*, Milán, 1966, p. 176.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 157.

²⁸² Ver: Peces-Barba, *Derechos fundamentales*, cit., pp. 110 y ss.

este problema y sus consecuencias ya pertenece al campo del derecho constitucional. Aquí baste insinuar la idea de que los derechos ejercidos con extralimitación no son acreedores a la defensa y protección que se les dispensa normalmente.

Y como punto final, nos agrada destacar que desde hace tiempo venimos considerando que la teoría del abuso del derecho —en cualesquiera de sus versiones— a pesar de ser oriunda del derecho civil, encuentra sitio preferente en el derecho constitucional,²⁸³ porque en él y desde él se proyecta su aplicación en íntimo nexo con el carácter limitado y relativo de los derechos fundamentales. Precisamente a raíz de dicho carácter es posible sostener que la teoría del abuso del derecho pertenece al área iuspublicística, y que desde ésta debe hacerse valer en el Estado democrático y social de derecho para funcionalizar el ejercicio de los derechos humanos. Por haber límites objetivos y subjetivos en la propia esencia de ellos, hay abuso del derecho cuando esos límites se rebasan. Y este concepto nos es proporcionado por la filosofía política con carácter previo a su ingreso en el mundo jurídico-político.

Actualmente tiene curso de buena recepción en la ciencia de los derechos humanos toda la elaboración privativa del abuso del derecho, y hay que asumirla e incorporarla desde la filosofía de los derechos humanos.²⁸⁴ Ahora bien, tanto en alejamiento de una posición indivi-

²⁸³ Así lo proponíamos ya en 1966 en nuestro "Derecho constitucional", Buenos Aires, t. II, pp. 104 y ss. Lo seguimos haciendo en *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I, p. 216.

²⁸⁴ Hay un excelente trabajo de Carmelo J. Gómez Torres sobre "El abuso de los derechos fundamentales" en la obra colectiva *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema* (Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, núm. 38, 1979), p. 301, en el que el autor analiza el traslado de la teoría del abuso del derecho desde su campo privatista originario al del derecho público. Recuerda que para Josserand esa teoría había ingresado al derecho público a través de la noción de la desviación de poder, como una aplicación suya. En el derecho administrativo, el tema fue objeto de estudio por Martínez Useros (en *La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo*, Madrid, 1947). No obstante esos antecedentes, Gómez Torres entiende que la teoría del abuso del derecho no se proyectó al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los particulares, y propugna que se le dé cabida en esa área, no sólo cuando esos derechos se ejercen por los particulares frente al Estado, sino además en las relaciones entre particulares; y ve la cuestión de tal aplicación —con esa bifrontalidad— como una limitación al ejercicio de los derechos, a los que en seguida encara desde la misma óptica del abuso del derecho "como problema político"; en ese horizonte, escudriña los límites políticos a la luz de las nociones de moral social, orden público, y bien común. Su conclusión reafirma —y lo acompañamos decididamente— la necesidad de aplicar la teoría del abuso del derecho al ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales.

dualista e insolidaria —que superada por el Estado de democracia social no queremos resucitar— cuanto en marcada distancia con las posiciones transpersonalistas —que son incompatibles con la filosofía de los derechos humanos tal como la auspiciamos— hay que dar por cierto que todos los límites y todas las limitaciones a los derechos, así como su correlativa consecuencia del abuso del derecho, presuponen un Estado democrático basado en el humanismo personalista. De lo contrario, los derechos ajenos, la moralidad pública, el orden, y el mismo bien común, pueden ser invocados para un cercenamiento y una desvirtuación de los derechos. Sobre este riesgo advierte Peces-Barba, y es bueno tenerlo en cuenta,²⁸⁵ porque la admisión de límites y limitaciones sólo tiene en la filosofía de los derechos humanos el sentido único de dar funcionalidad al ejercicio de los mismos dentro de un sistema de coexistencia de libertades, de reciprocidades, de solidaridad social y, en suma, de la noción indiscutible de que los derechos son derechos del hombre en sociedad.

E. La "suspensión" de los derechos

Es frecuente vincular el tema de los límites y las limitaciones de los derechos con el de la "suspensión". Pero, suspensión ¿de qué?: ¿de los derechos, o de su ejercicio? ¿Y por qué el nexo entre limitaciones y suspensión? Porque tanto si el lenguaje prefiere hablar de suspensión de los derechos como si opta por suspensión de su ejercicio, derivamos a restricciones que, si aparecen más severas que las llamadas limitaciones, son a la postre una categoría de las últimas, nada más que circunscritas a una situación excepcional, de emergencia y, por eso mismo, transitorias. Por lo recién dicho, es común que la suspensión se encuadre en el marco de un Estado de necesidad o emergencia que cada derecho positivo puede titular con distintos nombres (aunque es bastante usual el de Estado de sitio, por ejemplo).²⁸⁶

El detalle del tema no va a detenernos, pero como hasta en los tratados internacionales sobre derechos humanos hay provisiones sobre él, merece —sí— alguna consideración.

Acostumbrados como estamos a dilucidarlo en el derecho constitucional argentino, cuya experiencia no ha podido dejar de acicatear las prevenciones frente a excesos de aplicación de los Estados de emer-

²⁸⁵ *Derechos fundamentales*, cit., pp. 115 y ss.

²⁸⁶ Sobre "Las emergencias y los institutos de emergencia", ver el cap. IX de nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I.

gencia, pensamos útil generalizar unos principios mínimos; así: a) conforme a un principio derivado de la jurisprudencia norteamericana, la emergencia no crea poderes estatales inexistentes, pero proporciona ocasión para que los que existen se ejerzan de manera distinta y con una intensidad diferente a la de las épocas de normalidad; b) los derechos que por la emergencia se pueden afectar o restringir (y hasta impedir en su ejercicio) son aquellos cuyo ejercicio en cada situación particular puede (si se efectúa un juicio prudente de racionalidad) empeorar la emergencia, perturbar las medidas de contención de la misma, o impedir que se alcance la finalidad prevista y perseguida de ponerle término; c) las garantías existentes para protección de los derechos afectados con la suspensión referida en el inciso anterior, deben poder invocarse y usarse, de modo que la "suspensión" de algunos derechos, no "suspende" las garantías que constituyen procedimientos jurídicos defensivos de esos derechos; d) a través de esas garantías no suspendidas se ha de ejercer un control razonable de cada acto de poder que implica ejercicio de los poderes de emergencia y que irroga con ellos una afectación a derechos (suspensión, restricción, etcétera).

12. LA DEFENSA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este tema se nos ha presentado ya, y renovará sus reapariciones. Ahora hemos de esclarecer sus presupuestos de filosofía política, y es fácil una vez que ha quedado planteado cómo debe ser el modo o *status* de instalación de la persona humana en el Estado. Si su situación debe satisfacer a su dignidad, a su libertad, y a sus derechos, y si éstos merecen defensa y protección, la organización política integral ha de tener una fisonomía compatible y garantizadora.

Este primer enfoque servirá para decir después que, en el mundo jurídico-político, el derecho constitucional no incomunica ni divorcia al sector que en él resuelve el modo de situación política del hombre, del otro sector que da solución a la organización del poder. Y ambos no se desvinculan sino que se integran porque ambos comparten una misma filosofía política, unos mismos valores, una misma finalidad, de forma que según cómo sea el uno así será el otro, en correspondencia recíproca. Diríamos que en el sector del *status* personal palpita la filosofía de la libertad, y en el de la organización del poder la de la limitación, sobre la base común de un ideario que concilia en el personalismo humanista a la libertad con la autoridad, al hombre-persona con su indisoluble incorporación a una organización política (o Estado).

Defensa y protección de los derechos equivale, en filosofía política, a lo que luego plasma el derecho constitucional como garantías en sentido amplio. Cuáles sean éstas no nos toca ahora explicarlo, pero sí debemos afrontar la perspectiva filosófica que les presta fundamento en la positividad, para poder comprender sus lineamientos. Entonces, hemos de partir de la imagen del Estado limitado, o sea, de un Estado que ni es absolutista (en el sentido etimológico del *legibus solutus*, equivalente a *ab-suelto* o desligado del derecho) ni es totalitario (en el sentido de absorber todas las manifestaciones de la vida personal y social, equivalente al lema mussoliniano de "todo en el Estado, todo para el Estado, nada fuera del Estado").

Esta faz negativa tiene otra afirmativa: la del Estado servicial o ministerial para el bien humano, para la persona, para su convivencia en sociedad, remediando, confortando, y supliendo las falencias y limitaciones del hombre, que necesita de él para su propia vida y para la convivencia social organizada. El Estado vicario es el administrador de cosa ajena, de esa cosa que los romanos llamaron *res publica*, cosa pública o común, comunitaria, de todos, de la sociedad. La *res publica* es como una culminación de la noción griega de *politeia*,²⁸⁷ es decir, la organización jurídico-política de la vida en común, que facilita alcanzar y satisfacer las necesidades humanas que el hombre aislado o por sí solo no es capaz de cubrir y abastecer a causa de su indigencia y finitud.

Pues bien, si la *politeia* es *res publica*, y si la *res publica* queda convocada a un bien humano en el que la filosofía política da por contenidos a los derechos personales de un modo inesquivable, el Estado ha de adquirir un estilo y una fisonomía que converjan al fin personalista del bien común público.

Las dos clásicas columnas del constitucionalismo clásico, a tenor de la Declaración francesa de 1789, fueron los derechos del hombre y la división de poderes. Una en el sector del *status* personal, y la otra en el de la ordenación del poder. Tal era el modelo de Constitución, o sea, el cómo debe organizarse y constituirse el Estado para responder al tipo de Estado ministerial que administra la cosa ajena (del pueblo) ordenándola al bien común. Un "común" que es común a cuantos integran la sociedad, que es de todos y para todos, en beneficio compartido.

²⁸⁷ Ver nuestro libro *El régimen político. De la "politeia" a la "res publica"*, cit.

Así bebió el constitucionalismo moderno en su fuente vital, y así sigue libando históricamente el constitucionalismo social propio del Estado de bienestar o Estado social de derecho.

El Estado limitado parece demandar una pluralidad de órganos de poder, separados y distintos, no incomunicados pero sí balanceados en equilibrio y en colaboración, lo que equivale a lo tantas veces dicho sobre un poder limitado, repartido, y controlado. El control se vuelve hoy de primordial importancia, y ya no queda abastecido con la presencia de unos censores que periódicamente emiten su veredicto en rol de vigilancia cuando ejercen la función del sufragio, al modo tan elocuentemente destacado por André Hauriou,²⁸⁸ sino que se amplía a un control desde el seno mismo del poder (como por ejemplo en el control constitucional propio de una jurisdicción constitucional, en el control del parlamento sobre el ejecutivo, en el control financiero sobre recursos y gastos, etcétera), y a un control desde la sociedad sobre el poder (control éste, que debido a los protagonistas que lo ejercen, ya no debe verse como una función del poder, desde que no la ejercen órganos de poder sino sujetos de la sociedad, individuales o grupales). Esto se complementa con análoga amplificación de la participación social en el proceso de poder, mucho más extensa que la participación política en la etapa de formación del poder a través de la selección de los gobernantes mediante un proceso electoral popular.

Y finalmente, resta todo al repertorio de vías de acceso a la jurisdicción y a la misma administración para llevarles las pretensiones referentes a derechos, a control de la legalidad y de la legitimidad, a alegatos de inconstitucionalidad, etcétera. La acción, el recurso, los medios impugnatorios, los mandamientos de ejecución y de omisión, el *habeas corpus*, el amparo, etcétera, multiplican la serie. Cada derecho positivo organizará todos estos medios con suficiente discreción; podrá sumárseles el *ombudsman* o el defensor del pueblo y, en fin, atribuirse a todos o algunos de dichos medios el nombre específico de garantías —en sentido amplísimo, amplio, menos amplio, o restringido—,²⁸⁹ pero lo fundamental quedará siempre fincado en la contención del poder, en la defensa de la persona y de los derechos, y en el conjunto de resguardos para que contención y defensa operen con efectividad.

²⁸⁸ *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit., pp. 222 y ss. y 235 y ss.

²⁸⁹ Nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I, pp. 221 y 440. Un muy buen diagrama de garantías propone César Enrique Romero en su *Derecho constitucional*, Buenos Aires, t. II, 1976, pp. 12-24.

Como síntesis, creemos poder extraer de la filosofía política la conclusión de que todo su esquema de arraigo y tutela de la persona y de sus derechos en el Estado recaba formas protectoras que, globalmente, y en su profusa variedad posible, pueden rotularse como garantías. Y si proseguimos en la línea de una generalidad ágil, a toda la gama de garantías las llamamos garantías de funcionamiento eficaz del Estado de justicia.