

EL SUJETO Y SUS DERECHOS

CARLOS DE CABO MARTÍN

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid.

Desde un punto de vista general, cultural y filosófico, la idea de sujeto surge con la modernidad y es uno de sus componentes básicos, de forma que se puede decir que la modernidad se construye en torno a la idea de sujeto. Esta idea es en si misma no religiosa, laica, en cuanto implica la capacidad del hombre para determinarse, para construir la Historia que, desde ese momento, se puede entender como racionalidad y no como providencialismo. Es lo que se ha llamado el Discurso de la Modernidad (Habermas¹) que puede rastrearse desde el Renacimiento (Pico de la Mirandola y su obra de tan significativo título como «Oratio de Dignitate Hominis»), Descartes y su configuración del sujeto «cogitans», la Ilustración (y su exaltación de la Razón como capacidad de autodeterminación), la concepción del yo Kantiano y la Revolución francesa como proclamación del sujeto en libertad.

De ahí que, también desde un punto de vista general, cultural y filosófico, la crítica a la idea de sujeto proceda de los críticos de la modernidad desde Foucault y el deconstructivismo. Se afirmará, en efecto (Foucault) que la idea de sujeto implica universalismo, plenitud, permanencia, uniformidad, borrándose lo que es tan real como la diferencia, la continua provisionalidad del ser y (en la línea de Wittgenstein y el rechazo al sujeto cartesiano y de Heidegger) se termina atribuyendo a la idea de sujeto la creación de una uniformidad apta para convertirse en un instrumento de dominación².

En una situación intermedia se encuentra el marxismo porque, de un lado, rechaza el concepto autónomo de naturaleza entendiéndola como histórica (y a la historia -del hombre- como natural), negándose los presupuestos del Estado de Naturaleza y la consideración metafísica y autodeterminante del sujeto («no es la conciencia de los hombres la que determina su ser social sino que es su ser social

1. J. HABERMAS: *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, Taurus, Madrid, 1981.

2. R. MAÍZ: *Discurso, Poder, Sujeto (Sujección y subjetividad)*, Univ. de Santiago de Compostela, 1987.

el que determina su conciencia»); pero, a la vez, en el concepto de naturaleza humana se distingue, junto a los elementos puramente históricos, los que, si bien bajo formas históricas distintas, están siempre presentes, así como la necesidad de la relación sujeto-objeto para construir la dialéctica³.

En una u otra forma estos planteamientos y posiciones se reproducen en la proyección al ámbito jurídico de la problemática del sujeto.

...

La idea de subjetividad jurídica es un concepto central en la teoría del Derecho, como el de norma o negocio jurídico, de los que, por otra parte, falta la teoría general de sus interrelaciones -de la que en alguna medida se dará aquí cuenta- y que pondría en cuestión la separación Derecho Privado-Derecho Público como también -en algún caso- se pondrá de manifiesto.

Porque la idea de subjetividad se vincula al *ámbito individual* como centro de relaciones jurídicas privadas y públicas, de manera que este sujeto (individual) protagoniza simultáneamente la vida jurídica y política; al *ámbito institucional* en lo que se conoce como persona jurídica sirviendo a la configuración del Estado también como sujeto de derecho; al *ámbito de la teoría jurídica* del Estado cuando se estudian -jurídicamente- el Estado y sus funciones desde la perspectiva de sus órganos; y finalmente al *ámbito la teoría de la norma* o de las fuentes del derecho desde la posición formalista de su origen (del «sujeto» del que procede).

Aunque las interrelaciones comienzan así a aparecer, aquí se va a considerar preferentemente el primer aspecto, bien entendido que todo ello forma parte de una determinada manera de entender el Derecho que, aunque ciertamente es la dominante, no es única, y que ha sido negada, como también se verá, por otras que tienen representantes tan significativos como Duguit o Kelsen.

...

El sujeto jurídico, como centro abstracto de imputación de derechos y obligaciones, no es un concepto metahistórico que haya existido en todos los sistemas jurídicos. Es imposible su existencia en aquellos en los que el status se determina por el lugar que se ocupa en la realidad, o, lo que es lo mismo, en aquellos sistemas (si se puede hablar así) en los que existe una correspondencia entre realidad y derecho (esclavismo o feudalismo) y, por el contrario, surge cuando desaparecen esas correspondencias y se hace posible la igualdad formal. Se trata, por tanto, de un concepto histórico y por consiguiente su historicidad forma necesariamente parte de su conocimiento. Se hace preciso, pues, acudir a su historia, al momento del nacimiento del sujeto y del significado con que esto ocurre, sin ignorar, no obstante, que como sucede en términos más generales con el tiempo histórico (que no es una totalidad simultánea) hay que tener en cuenta que el sujeto surge y se va haciendo fragmentariamente (en el sentido de que buena parte de los derechos y libertades del sujeto van naciendo a partir de coyunturas

3. C. EYMAR, K.: *Marx, Crítico de los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1987.

concretas: la libertad religiosa se consolida a partir de las guerras de religión, las civiles de la oposición a través de los parlamentos a los soberanos absolutos, las políticas y sociales a partir de la presión democrática del movimiento obrero, etc.⁴).

En todo caso, esta historicidad del sujeto, su aparición y surgimiento, tiene lugar a partir de los siguientes supuestos:

– *Materiales o reales* en cuanto se parte de una realidad específica de la que se derivan también específicas causas o condicionamientos institucionales y socio-económicos.

En lo *referente a las causas institucionales* puede formularse inicialmente la tesis de la correspondencia necesaria entre Estado e individuo –además de por otro tipo de interrelación que se verá enseguida– porque justamente el Estado Moderno para configurarse como tal necesita destruir las ataduras medievales, en otro lenguaje las coacciones extraeconómicas que impedían la individualidad, la existencia del hombre como ser libre, es decir, los poderes y derechos señoriales o intermedios; y aún se puede descender más en el análisis hasta llegar a una formulación más radical: las mismas causas que dieron lugar al Estado (moderno) son las que, simultáneamente, crearon las condiciones para el surgimiento del sujeto: la crisis definitiva de rentabilidad del Feudalismo que producirá la crisis de la aristocracia y posibilita la concentración del poder en el Monarca y su fortalecimiento, conlleva la supresión de los demás vínculos y jerarquías; y la unificación jurídico-política territorial, implica la eliminación del «privilegio» como elemento jurídico propio del sistema.

Así surgirá la vinculación negativa entre el Estado y el sujeto y sus derechos: sólo crea las condiciones, es decir, suprime los obstáculos, para su realización. Toda la evolución posterior (a la que después se hará referencia) lo mostrará: en el derecho revolucionario el protagonismo del Estado se hará a través de la Ley (lo que no está prohibido por la ley es su margen de actuación); en la construcción alemana el proceso de autolimitación del Estado creará asimismo esas condiciones «negativas»⁵.

En lo *referente a las causas socioeconómicas*, la aparición del sujeto se vincula a la aparición del intercambio, que debe realizarse, necesariamente, entre sujetos. Precisamente el capitalismo se va a diferenciar de los sistemas anteriores en la «separación» del trabajador de los medios de producción y su conversión en «individuo», «libre» para participar en el mercado e «igual» a los demás, de manera que el formal intercambio de (mercancías) –aparentemente– equivalentes se corresponde con la formal (aparente) igualdad de quienes lo realizan. Capitalismo y sujeto (libre e igual) son, pues, inseparables.

4. N. BOBBIO: *El Tiempo de los Derechos*, Sistema, 1991.

5. Es bien conocido cómo la peculiaridad inglesa se muestra aquí de nuevo: la ausencia del concepto de Estado impide aplicar el mismo análisis y la específica realidad inglesa (en particular la de un bloque dominante nobleza-burguesía instalado en el Parlamento) hará que la configuración del sujeto se haga más empírica y evolutivamente (según la dialéctica Parlamento- Monarquía). M. FIORA VANTI, *Los Derechos Fundamentales*, Trotta, 1996.

–*Teórico jurídicos*, que responden a esa realidad a la que en gran parte ideologizan. El iusnaturalismo y los primeros ingredientes liberales son su base inicial. En concreto, se ha considerado a Kant como el articulador filosófico-jurídico del sujeto al construir «en base a él un derecho privado como un sistema de derechos subjetivos entendidos como *atributos* jurídicos del sujeto para la realización de fines que determina el propio sujeto. Es un Derecho Privado derivado del Estado de Naturaleza, reconocible a priori y que necesita para tener una vigencia efectiva un Derecho Público que aparece así como el sistema apriorístico de garantías del sujeto, al servicio, pues, del Derecho Privado»⁶. Y es que, efectivamente, la construcción de Kant no es posible sin la del Estado de Naturaleza que presupone la existencia del «sujeto», pues sólo a partir de él pueden tener lugar los distintos pactos (según las múltiples direcciones del iusnaturalismo, pero todas parten del mismo supuesto) de los que surge el Estado y, por tanto, no ya y desde luego no sólo, el Derecho Privado sino también el Derecho Público manifestándose ese doble protagonismo del sujeto en el ámbito de lo privado y de lo público. Ámbitos por lo demás interrelacionados ya desde los comienzos liberales que establece Locke, en cuanto, a partir de la propiedad como elemento en el que se sustenta el individualismo (para su protección, conservación y felicidad) se entiende que inscrita en la propiedad está, entre otras facultades (la posibilidad de enajenar o acumular indefinidamente), la del Poder para protegerla, de manera que el Estado y el Derecho nacen inicialmente de ella y para crear un sistema organizativo que la haga posible. Comienza así a percibirse algo a lo que se aludirá después y es que la propiedad no es sólo un derecho, sino un principio de organización social. Es significativo y probablemente prueba de la influencia de la misma realidad que alguien alejado, en principio, de tendencias materialistas (como Kant) coincida en vincular la idea de sujeto de derecho (libertad, individualidad) a la propiedad como condición de autodeterminación de la existencia y de la relación con los otros (propietarios) de manera que la propiedad es una determinación necesaria del proceso de identificación del yo y del desarrollo de su individualidad⁷. La cuestión tiene entidad suficiente para que se la tenga en cuenta al referirse al *idealismo* kantiano.

– *Jurídico-positivos*, a través de los cuales el sujeto aparece como positivizado en el ámbito del Derecho público (las Declaraciones y primeras Constituciones) y en el ámbito del Derecho privado (a través de la codificación).

En el ámbito del Derecho Público la configuración del sujeto tiene lugar a través del reconocimiento de sus derechos, en lo que resulta decisiva la Declaración de 1789 a la que se ha considerado «manifestación del subjetivismo revolucionario» (Hauriou⁸) en la que «es todo lo objetivo (las reglas del Derecho, las Instituciones) lo que falta», por lo que se entiende que el hombre, el individuo, deviene

6. A. LÓPEZ LÓPEZ: *Estado Social y sujeto privado: una reflexión finisecular*, Quaderni Florentini 25, Giuffré, Milano 1996.

7. F. HEGEL: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, párrafos 40 y ss., Ed. Suramericana.

8. M. HAURIOU: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Ed. Reus, Madrid, 1927.

sujeto en virtud de la Declaración⁹. La Declaración, en efecto, sitúa al «sujeto», como el fin de la organización política (se dirá en el artículo 2 que el fin de toda asociación política es la conservación de los *derechos naturales* e imprescriptibles del hombre) estableciéndose los *medios* a través de lo que se ha considerado¹⁰ el nacimiento técnico de los derechos subjetivos: los límites a los derechos sólo pueden establecerse por ley (artículo 4, especificándose en el 17 que nadie puede ser privado de su propiedad sino por ley) y que todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido así como que nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena. Se establece así, por tanto, la vinculación entre derechos (sujeto) y ley apareciendo ésta como el *medio* para garantizarlos y por esa razón resulta también definida materialmente por ellos mismos (así ocurrirá que -aún desde supuestos distintos- la construcción de Laband se basará en el contenido que representan libertad y propiedad para definir la «regla de derecho») pues se trata de conseguir aquel fin último de toda asociación política. Por eso, hay, al menos, que matizar la diferencia que se establece generalmente entre el constitucionalismo norteamericano y el europeo en cuanto en el primer caso los derechos no proceden de la ley sino que son anteriores y sólo se reconocen y se garantizan por la Constitución, mientras en el segundo proceden de y sólo se garantizan por la ley. Ciertamente hay diferencias, pero son debidas a circunstancias históricas concretas (los derechos y libertades —«como ciudadanos ingleses» primero y sólo cuando no bastó se acudió a «como hombres»— sirvieron de base a la protesta de las colonias y de la evolución del conflicto quedó siempre el rechazo hacia el comportamiento del parlamento inglés que se extendió a los parlamentos en general y deterioró el valor y la confianza en la ley; de ahí que los derechos aparezcan como fundamento de la independencia, de una parte, y se fortalezca el papel de la Constitución, de otra) que se tradujeron en respuestas técnicas distintas, pero la base teórica común (iusnaturalista) es tan difícil como innecesario desconocer¹¹.

Asimismo la Declaración de 1789 eleva al sujeto (a sus derechos) a elemento definidor del concepto de Constitución en el conocido artículo 16 en el que simultáneamente se establece la división entre el ámbito privado (el de los derechos) y el público (los poderes del Estado), el de la sociedad y el del Estado, el de la diferencia y el de la igualdad, si bien éste último (el de la igualdad en el Estado) sólo referido a los ciudadanos, no a todos los hombres.

En todo caso hay que señalar que el sujeto se construye también a partir de los deberes que aparecen desde el primer constitucionalismo y en concreto en la Constitución francesa de 1795 donde, además de referirse a los otros sujetos (al respeto de sus derechos), se entienden como elementos sobre los que reposa el «orden» en el que puede desenvolverse la subjetividad, de forma que bien pronto adquieren carácter objetivo.

9. P. HABERLE: *Libertad, Igualdad, Fraternidad, 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998, p. 77.

10. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid 1995.

11. G. ZAGREBELSKY: *Il Diritto Mitte*, Giuffrè. 1992.

En el ámbito del Derecho Privado desde los primeros códigos civiles se sanciona positivamente la subjetividad jurídica. Con escasas variantes su reconocimiento tiene lugar a través del establecimiento de que la personalidad, la capacidad jurídica, se hace depender exclusivamente del nacimiento (también en el sentido jurídico: forma humana y vivir 24 horas fuera del claustro materno); ahí se contiene el principio de la subjetividad jurídica, el principio en base al cual cada hombre por el sólo hecho de serlo es titular de derechos y deberes. Y esta formulación —se ha señalado—, bajo su aparente simplicidad, encierra un mensaje propio de un tiempo histórico y un contenido jurídico-positivo bien complejo, en cuanto que aquel reconocimiento supone su inmediata vinculación con estos tres supuestos: la igualdad formal, un concepto de propiedad «despersonalizada» (estrictamente económico en cuanto se configura al margen de todo vínculo personal y por consiguiente «libre» y *objeto* de cambio) y una disponibilidad sobre sí mismo (sobre su trabajo) de manera que su despliegue como sujeto le permite, sin dejar de serlo, ser también *objeto*¹². Se produce así todo un proceso de formalización del sujeto y del objeto; pero falta, para configurar el sistema necesario para el intercambio, la formalización de otro elemento: la «relación», el «acuerdo» entre sujetos. Es lo que se completará con el concepto de negocio jurídico. El negocio jurídico deviene así como una nueva categoría central del Derecho, como se indicó antes, porque, de una parte, es consustancial a la configuración del sujeto y en buena medida corolario del mismo (el reconocimiento de su autonomía en cuanto es el reconocimiento de efectos jurídicos a su voluntad), de otra, porque supone la superación de la contradicción entre el Derecho subjetivo y el objetivo, entre la primacía de la voluntad individual y el principio en virtud del cual el ordenamiento jurídico es el determinante en la valoración jurídica de los hechos (en cuanto el negocio jurídico es «manifestación de la voluntad dirigida a un fin tutelado por el ordenamiento jurídico») y, finalmente, protagoniza la función del Derecho en el intercambio al juridizarlo, pero de manera totalmente permisiva en cuanto da valor al acuerdo por sí mismo, con un carácter abstracto formal, que no tiene en cuenta ni la cualidad del sujeto ni la del objeto de la relación. Así pues, el sujeto abstracto se corresponde con la *abstracción del cambio* (con la supuesta «equivalencia de las mercancías») y *del acuerdo* sobre el mismo. Se completa así el sistema jurídico formal del mercado y los códigos civiles adquieren «el significado constitucional de garantía respecto de esa esfera privada globalmente considerada».

Todo este proceso de configuración de la subjetividad (jurídica) individual se construye negando su existencia real en el orden social, es decir, la subjetivización jurídica llega a la resolución directa del individuo social en el orden jurídico, negando la positividad de las determinaciones del orden social¹³. Y esta abstracción, esta formalización del sujeto, no sólo oculta y elude las desigualdades y por

12. P. BARCELONA: *Diritto Privato e Società Moderna*, Jovene Editore, Napoli. 1996.

13. E. DÍAZ-OTERO y E. OLIVAS: *Metafísica e Historicidad de los Derechos Subjetivos*, Dykinson, 1997.

tanto el conflicto real, sino que lo que hace fundamentalmente es impedir que la desigualdad, el conflicto (que es intersubjetivo) se traslade al orden jurídico político. La configuración jurídico formal del sujeto implica por tanto la mediación y superación a ese nivel del conflicto intersubjetivo. Pese a ello la subjetividad jurídica no deja de contener esos dos impulsos contradictorios que son esenciales para entenderla: el de la igualdad de todos (aunque sea formal) y el de los intereses de cada uno, que hacen que en la subjetividad confluyan como elementos contrapuestos el del interés público (que hace referencia a la igualdad) y el privado en el que se sitúan las contradicciones. De ahí precisamente la necesidad de mantener la separación entre ambas esferas, pues sólo reduciendo lo económico a un asunto privado es posible una esfera jurídico pública en la que los sujetos desiguales de la relaciones económicas devienen sujetos iguales, abstractamente titulares de todos los derechos y destinatarios de todas las normas; y sólo a través de una esfera del «interés general» que dote de contenido al principio de igualdad es posible mantener una esfera de intereses contrapuestos (en definitiva se trata de la correspondencia entre Estado y mercado, de la importancia del Estado y el Derecho en la reproducción de las condiciones sociales y de la configuración del sujeto como instrumento de dominación de clase según diagnosticaban los críticos de la modernidad citados al principio).

Perfilada así material, teórica y positivamente, la idea de subjetividad jurídica se sigue afirmando con posterioridad, aunque debe dejarse constancia de que en el aspecto teórico hay una interesante línea de discrepancia —a la que al principio de aludía— formada, a su vez, por corrientes distintas. Así la concepción de la subjetividad descrita según la cual la centralidad del sujeto y sus determinaciones implican la relativización a ellas del derecho objetivo y por tanto la subordinación del derecho objetivo al subjetivo, sufre una primera transformación con la «normativización» que experimenta el concepto de derecho subjetivo a través de las concepciones jurídicas básicas e iniciales, pues tanto la que lo define como el interés jurídica —normativamente— protegido (Ihering) como la que lo considera como la facultad o capacidad de la voluntad reconocida por el ordenamiento jurídico (Windscheid) suponen la relativización del derecho subjetivo al objetivo. Asimismo, puede considerarse que la construcción dogmática alemana de la teoría jurídica del Estado tiene como uno de sus elementos básicos la idea de que el sujeto es, propiamente, una creación del Estado y sólo por un proceso de autolimitación de éste surge el sujeto de derechos frente a él y, por consiguiente, los derechos públicos subjetivos, que aparecen así como «reflejos del derecho objetivo» (Jellinek). Resulta, pues, que la doctrina alemana no se sitúa en la posición de la tradición kantiana del individualismo y en sintonía con la ruptura que supuso la Revolución francesa, sino de Hegel, del estatalismo y en el intento de eludir las consecuencias del revolucionarismo francés¹⁴. Y aunque no puede hablarse de continuidad,

14. De ahí que se sitúe en la derecha hegeliana «la exacerbación» de esta tesis en K. Larenz y su tesis de la «prohibición» (jurídica) que se ocupa en el Ordenamiento de la comunidad respecto del que es un elemento funcional y al que está relativizado (no muy lejana por cierto a la que se verá después sobre los derechos sociales y su relativización o lo económicamente posible).

esta tendencia antisubjetiva se encuentra también en la teoría pura del derecho; se parte, en efecto, de que el Derecho político –en la concepción y terminología kelseniana– en cuanto teoría del orden estatal, que es el orden jurídico, es una Teoría del Derecho objetiva y no del derecho subjetivo en general ni de algún sujeto en particular, pues lo que se llama derecho subjetivo (bien se base en el interés o en la voluntad) no es sino determinación del Derecho objetivo, de manera que lo que se considera a veces como «lesiones del derecho subjetivo» no son sino infracciones del derecho objetivo; porque el derecho subjetivo remite al sujeto de Derecho, pero si aquel se reduce al Derecho objetivo, lo mismo ocurre con el sujeto de derecho; es decir, el sujeto de Derecho no se configura como algo distinto al Derecho (objetivo) pues no hace referencia más que a un conjunto de facultades o deberes normativamente establecidos; no es más que una expresión simbólica procedente del iusnaturalismo que la identifica con el hombre (que como realidad biológica y psicológica no es objeto del Derecho sino sólo algunas de sus acciones) con lo que la tensión Derecho objetivo-subjetivo es realmente la del positivismo-iusnaturalismo. Asimismo es inexistente la distinción Derecho público- Derecho privado (que inicialmente tiene la justificación histórico-política de hacer que la Razón de Estado eluda las restricciones del Derecho común) pues ni cabe el criterio del interés (que es extra-jurídico) ni el de los distintos sujetos que intervienen en la relación jurídica, pues la relación jurídica no se da entre sujetos sino entre hechos a los que las normas atribuyen consecuencias correspondientes (facultades en un caso, obligaciones en otro, etc.)¹⁵.

En un contexto y desde bases bien distintas, se encuentra en la doctrina francesa una aportación a esta genérica línea de discrepancia que es probablemente la más significativa, sobre todo porque a su entidad científica añade la de ser la única que puede seguir siendo una referencia e incluso en algún aspecto utilizable; ya desde el planteamiento de que se parte: la necesidad en esta materia de separar los aspectos científicos e ideológicos, señalándose –con la rotundidad a que acostumbra Duguit– que la afirmación de que el hombre tomado aisladamente y en si, separado de los demás, en el *estado de naturaleza* (...) es titular de ciertos derechos propios a su naturaleza (...) es puramente gratuita (...) es una proposición de orden metafísico (...) que puede satisfacer al creyente pero está desprovista de todo valor científico; y es que no hay existencia individual, sino social, y, en consecuencia, no hay derechos subjetivos sino situaciones jurídicas subjetivas como aplicación individual del derecho objetivo, entendido como «regla social» reguladora del «orden social» en el que como resultado de la división del trabajo cada individuo cumple una «función», para lo que dispone de la «libertad civil» que le permita su perfeccionamiento progresivo¹⁶.

En cambio, en el aspecto positivo constitucional y jurisprudencial no cabe hablar de línea de discrepancia, de proyección alguna de estas posiciones teóricas discrepantes en el constitucionalismo positivo actual que, con carácter gene-

15. H. KELSEN: *Teoría General del Estado*, Ed. Nacional, Madrid, 1979.

16. DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing, 1, París, 1921.

ral, en lo que se puede llamar «constitucionalismo occidental» (como modelo más que como espacio físico) se puede considerar como el constitucionalismo del sujeto¹⁷. Aunque de un sujeto que experimenta un proceso si no de depuración sí de prevalencia de algunos de sus componentes sobre otros. Porque, como se dijo antes, en el sujeto coinciden dos elementos contradictorios: el de los intereses de cada uno y el de la igualdad de todos¹⁸, que se traducen jurídicamente en «poderes o deberes adquiridos conforme a causas o títulos específicos y ejercitables mediante actos potestativos dotados de efectos jurídicos en la esfera propia o en la de los demás», en lo que se refiere al primer elemento, y en «facultades o inmunidades para las que no se exige título alguno y por tanto se reconocen con carácter general y que se ejercen mediante comportamientos que sólo requieren ser lícitos sin interferir jurídicamente en la esfera de los demás». Los primeros se categorizan como situaciones jurídicas; los segundos son el ámbito más propio de la categoría de derechos fundamentales¹⁹. Y es precisamente esta segunda categoría, la de Derechos Fundamentales, que desarrolla ese aspecto de la subjetividad, la que ha experimentado un desarrollo decisivo y realmente definitorio en el *orden constitucional y jurisprudencial*. Así, se señalan²⁰ como desarrollos básicos en el orden constitucional los siguientes:

1. Configurarse como directamente aplicables, superando la antigua configuración como normas programáticas, de manera que es uno de los campos donde la normatividad constitucional se manifiesta de manera más inmediata.

2. Su efecto de vincular a las funciones estatales, destacándose una específica vinculación a la legislación respecto de la cual actúan como mandato, orientación o límites a su –posible– regulación limitativa.

3. Aseguramiento procesal de ambas cuestiones mediante el acceso a Tribunales con propias especificidades y garantías.

4. Un garantismo privilegiado en la Reforma constitucional.

Son las notas que desde un punto de vista técnico constitucional definen a la categoría.

Y a partir de esta caracterización constitucional, se han producido una serie de aportaciones jurisprudenciales más que propiamente doctrinales, pues en esta materia se acentúa el general seguidismo de la Doctrina respecto de la manifestación «pretorial» del Derecho constitucional, hasta el punto de que se ha llegado a

17. Se puede precisar esta afirmación haciendo referencia a algunas particularidades destacando el constitucionalismo italiano en el que es notable la importancia del Derecho objetivo (de la Ley) en la determinación y protección del sujeto (vid. CERVATI: «El Legislador de los Derechos Fundamentales», en *La Garantía constitucional de los Derechos Fundamentales*, A. LÓPEZ PINA, editor. Madrid: Civitas, 1991).

18. En realidad ésta es la temática que desarrolla una corriente teórica que, partiendo de una inspiración hegeliana (C.R. TAYLOR: *Hegel*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975) integran diversos autores modernos, distinguiendo entre el sujeto definido por la libertad de un pensamiento racional y un sujeto radicado en la realidad material (el sujeto «en cuanto tiene» y el sujeto «en cuanto es») y en la que se incluyen Taylor o Rawls, pero que se corresponde con la diferenciación que establece algún otro inicialmente bien distinto como Ferrajoli, entre propiedad y derechos fundamentales.

19. L. FERRAJOLI: *Derechos y Garantías*, Trotta, Madrid, 1999 (traducción de P. Andrés).

20. E. W. BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre los Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993.

hablar (Haberle) de la «abdicación» de los tratadistas del Derecho público. Entre ellas –con el carácter de breve resumen para subrayar lo que aquí interesa– cabe destacar las siguientes:

1. Las que tienen un carácter delimitativo o «defensivo», en el sentido de fijar ámbitos *mínimos* para los derechos, avanzando la jurisprudencia desde las iniciales posibilidades que ofrecía la garantía institucional hasta la configuración del contenido esencial en una progresiva realización del principio de constitucionalidad frente a la prevalencia anterior del principio de legalidad que se manifiesta de nuevo en la aplicación del criterio de «proporcionalidad» al fin de interés público de la ley reguladora (limitadora) e interpretándose a su vez esa ley según las determinaciones que implica el derecho. Hay que apuntar aquí, aunque sea tangencialmente, que la consideración de la Ley como garantía en el mecanismo de la Reserva no debe de entenderse como habitualmente se hace en base únicamente al órgano del que procede (el Parlamento), es decir, de nuevo desde una perspectiva subjetiva, sino objetiva, por la caracterización de la norma, de la ley, lo que se situaría en la línea de la generalidad de la ley, indiscutible en materia de derechos. Es decir, es la naturaleza de la norma y no (sólo) su origen lo que se tiene en cuenta para atribuirle la regulación de los derechos.

2. Las que tienen un carácter expansivo (a partir sobre todo de los nuevos elementos que aporta la concepción constitucional del Estado social) en el sentido de ampliar desde diferentes supuestos su contenido y vigencia. Se han realizado en base a estos desarrollos:

1º. De una parte, a través de su identificación con la categoría de «valor», pero no ya como categoría metafísica sino constitucional, lo que se traduce en una dimensión objetiva que implica la conversión de los derechos fundamentales en principios básicos del sistema constitucional, de lo que a su vez se hace derivar:

a) El llamado efecto «irradiación», lo que supone no sólo su «eficacia horizontal» en las relaciones entre los particulares superando su reducción a la relación Estado-ciudadano, sino, en general, su extensión a todos los ámbitos del Derecho sirviendo de pautas interpretativas en el orden privado (lo que determina nuevas conexiones entre el Derecho público y el privado y la posibilidad de una amplísima «constitucionalización» de la vida social).

b) El denominado «Deber de Protección» por parte del Estado ante cualquier situación negativa para la realización de ese valor que incorpora el derecho de que se trate, lo que supone que los derechos fundamentales adquieren también el carácter de «derechos prestacionales» (la influencia de nuevo del Estado social).

2º. De otra, a través de una adecuada «especificación del derecho», lo que implica perfiles distintos según funciones o situaciones personales y que, en definitiva, supone un cierto esfuerzo por corregir la abstracción y el formalismo. De nuevo se aprecia el impulso del Estado social y buena prueba de ello es la especificidad con que se aprecian los derechos fundamentales o algunos de ellos relativos al trabajador; así en el derecho a la vida se incluyen, junto a las medidas de prevención de riesgos de accidentes para el conjunto de los trabajadores, otras singulares como la de tener en cuenta el estado de salud del trabajador para asignarle un puesto de trabajo concreto, el abandono de la disciplina y prestación

laboral ante peligro grave, inminente y inevitable, etc. Y, por el contrario, las limitaciones que puede sufrir como consecuencia del también específico espacio jurídico de la, igualmente garantizada constitucionalmente, libertad de empresa en el ejercicio de otros derechos como expresión, reunión, información, etc.

3º. Y en general, a partir de cláusulas como la del «libre desarrollo de la personalidad» o «dignidad de la persona», se dota a los derechos de una vis expansiva y multidimensional (Häberle) que lleva no sólo a extenderlos a nuevos ámbitos (por ejemplo las llamadas relaciones de sujeción especial) sino a la aparición de nuevos derechos (las distintas «generaciones») ante los nuevos peligros y que, por otra parte, muestra, frente a ciertas retóricas metafísicas, la necesaria aceptación de la historicidad de los mismos.

3. Las que han convertido a los derechos fundamentales en la principal fuente de legitimación no ya en el sentido político sino jurídico, de las distintas funciones del Estado y específicamente de la judicial a la que (aparte de su legitimación formal por su vinculación a la ley) se prioriza dentro de aquéllas por su legitimación sustancial procedente de su capacidad de tutela y garantía de los derechos fundamentales, que -se entiende- prácticamente monopoliza y desde luego protagoniza.

Todo ello se acompaña de una serie de distinciones, clasificaciones, así como de otro tipo de recursos técnicos para establecer las prioridades o compatibilidades entre los distintos derechos o bienes constitucionales (la construcción de la «ponderación» o de los «límites inmanentes» de los derechos, figuran entre ellas).

Pero no se trata aquí de exponer de manera completa la por otra parte bien conocida dogmática de los derechos, sino indicar como de esta exposición sintética y limitada a sus rasgos más destacados resulta la evidencia de que:

1. El sujeto -y sus derechos- es el elemento definidor del constitucionalismo actual, hasta el punto de que ese constitucionalismo sería el mecanismo para garantizarlo de manera que el sujeto ya no depende tanto del Estado como de la Constitución.

2. Esta protección es expansiva, dinámica y de una parte potencia la «constitucionalización» de cada vez mayores ámbitos de la vida social a la vez que de otra universaliza la condición de sujeto.

En términos generales, desde los presupuestos internos al sistema constitucional, se trata de una posición prácticamente indiscutida. Acaso podría mencionarse, por incluir alguna divergencia, la que en los últimos tiempos se ha formulado desde los supuestos de la denominada «objeción contramayoritaria»; porque, según el modelo garantista de democracia constitucional que se acaba de describir, los derechos se elevan a valores intocables, por encima de cualquier decisión, en cuanto forman el núcleo de lo «no decidible» por la democracia política (Ferrajoli); se produce así el paso de la supremacía de la ley (del principio democrático) a su sometimiento, con las correspondientes consecuencias formales (en el sistema de fuentes y en la posición del juez que a través de la Constitución «juzga» a la ley) y sustanciales al poner límites a su competencia (lo que por otra parte es incompatible con el concepto de ley formal que simultáneamente se suele sostener). Esto supone -se afirma- situar a la Constitución frente al principio demo-

crático (y ni siquiera es así, pues, dada la frecuente imprecisión constitucional, la Constitución es lo que dicen que es unos órganos ni representativos ni responsables) cuando ninguna mayoría cualificada (ni por tanto la Constitución o su Revisión) añade ningún plus democrático a la regla de la mayoría, única que se basa en la igualdad de los hombres²¹ y, por tanto, la de mayor carga moral.

Pero, posturas como ésta, junto a su carácter minoritario, no afectan directamente a las cuestiones centrales aquí tratadas y que giran en torno a las dos conclusiones con que resumíamos la que se consideraba posición dominante y prácticamente indiscutida: la exaltación del sujeto al que se hace protagonista y se entiende «perfeccionado» en sentido jurídico-constitucional, y la expansión y universalización de su condición, o, que es lo mismo, de sus derechos.

Por eso, un análisis de la misma requiere referirse básica y directamente a estos dos aspectos.

En lo referente al primero, a la exaltación y protagonismo del sujeto, suscita inicialmente una notable sensación de perplejidad que de manera simplificada y frontal puede formularse así: se asiste en el orden jurídico constitucional formal a la construcción del protagonismo del sujeto cuando en el orden de la realidad social y jurídica ordinaria se está registrando simultáneamente su desaparición. Porque sí al principio partíamos de que la modernidad se define precisamente en base al sujeto, a la construcción del sujeto, en la misma medida puede afirmarse que la postmodernidad se define en base a la destrucción, a la deconstrucción del sujeto. Con el desarrollo de las fuerzas productivas que supone la revolución tecnológica, se advierte hoy la dificultad para ser sujeto capaz y autodeterminado en sociedades donde predomina la objetivación de un funcionamiento programado y necesariamente previsible que la enorme concentración de medios hace irresistible. La complejísima red de articulaciones, de intercambios, de funcionamiento prácticamente mecánico e interconectado, hace que sea el «sistema» el protagonista (o el nuevo sujeto, pero esto ya supone una categoría radicalmente distinta) el que exija sus propias demandas y autorreferencias, el que «produce» (Barcellona) la libertad, la propiedad, y regula el intercambio pero no lo media porque ya no es una relación entre sujetos en sociedades en las que —por ello— ya no existe el conflicto (por lo que a su vez el sujeto abstracto deja de ser necesario para cumplir aquella función de superar el conflicto entre sujetos empíricos). La recomposición del sistema productivo del capitalismo moderno ha impuesto una transformación del sujeto y sus derechos, en el sentido de que el protagonista no es ya el sujeto individual ni la autonomía de su voluntad.

De ahí que probablemente la manifestación más clara de la crisis del sujeto, de la subjetividad jurídica, sea el Derecho reflexivo que significa —como se sabe— la desaparición del Derecho como norma reguladora tanto del poder como de la

21. Y es que, de una parte, es engañosa la supuesta protección de las minorías a partir de las mayorías cualificadas, porque o bien se les da un injusto derecho de veto o se protege sólo a la que tenga esa capacidad y, de otra, (como en el caso de la Revisión Constitucional) es hacer recaer sobre los ciudadanos la carga -desigual- de lograr una mayoría cualificada (I. BAYON, *Ragione Pratica* 10, 1998).

actividad y participación del ciudadano, para ser un elemento reequilibrador del sistema a través de su proyección en procedimientos reguladores de organizaciones internas al mismo (asociaciones públicas, sindicatos, mass media) que establezcan y neutralicen las excesivas demandas del «ambiente social» y produzcan la integración social²².

Hay que indicar, además, que, como es bien conocido, aquella postura constitucional dominante que hace del sujeto protagonista, se acompaña de toda una «mitologización de la subjetividad» como es la que incluye toda la ofensiva liberal de estos años. ¿Cabe alguna explicación a esta aparente incongruencia entre una postura jurídico constitucional y una teorización política que se configura en torno a un sujeto, cuando éste se está desvaneciendo en el protagonismo del sistema? Sin perjuicio de que haya que incluir otros elementos, me parece que tal explicación debe tener en cuenta los siguientes:

1. En primer lugar, que los derechos se han convertido, en una dimensión cuantitativa y sobre todo cualitativamente sustancial, en derechos de sujetos no individuales. El sujeto abstracto se encarna en sujetos empíricos concretos que tienen las capacidades necesarias para aprovechar todas las potencialidades con que el sistema constitucional dota hoy a los derechos. Estos sujetos (como las grandes corporaciones) son realmente los sujetos de los derechos, de manera que en buena medida el sujeto individual pasa a ser más bien el «objeto» de los derechos. La *Drittwirkung*, aparte de otras consideraciones, tiene desde el punto de vista que aquí interesa, el significado de un indicador, de un síntoma de por donde viene el peligro para los derechos: ya no del Estado, sino de la sociedad y las distintas posiciones que se agrupan en la llamada Teoría del discurso, con su objetivo último de potenciar la autonomía individual, se alinean en la misma dirección.

2. Pero, en segundo lugar, aquella congruencia se recupera si se tiene en cuenta que realmente esa formal configuración protagonista del sujeto y sus derechos ha terminado por convertirse en un mecanismo de seguridad del sistema, es decir, del nuevo protagonista real. y esto se ha conseguido por una doble vía:

a) Directamente, porque la expansión de los derechos fundamentales y sus peculiares formas de protección, debidamente utilizadas, pueden impedir y, desde luego, obstaculizar enormemente, modificaciones significativas en el sistema (socioeconómico) que difícilmente podrían hacerse sin afectarles. Aquí se podría situar uno de los riesgos de lo que en otro lugar he llamado «hiperconstitucionalización» de la vida social a la que antes se aludió.

b) En segundo lugar, por la vía menos directa pero no menos eficaz de su conversión en un orden objetivo y de principios del sistema. Y es que, ciertamente, la distinción en los derechos fundamentales entre el aspecto subjetivo y el objetivo se ha considerado, también de manera prácticamente indiscutida, como un notable avance en su construcción dogmática y en su eficacia práctica. Sin negarlo aquí, sí que debe añadirse que el juicio último depende de la perspecti-

22 P. BARCELONA: «Los sujetos y las normas», en *Problemas de Legitimación del Estado Social*, E. OLNAS y E. DÍAZ-OTERO, Trotta, 1991.

va que se adopte. Desde la que aquí se tiene en cuenta, hay que indicar inicialmente que ni la distinción es nueva (al menos se hace desde Schmitt) ni es propia —como habitualmente se presenta— del constitucionalismo del Estado social sino del constitucionalismo del Estado liberal; porque, junto a otros efectos²³, la objetivación citada conduce a construir los «principios» del sistema constitucional a partir de los Derechos fundamentales, lo que, dada la naturaleza e impronta individualista y antiestatalista del constitucionalismo liberal, implica difundirla por todo el sistema constitucional y subconstitucional. Por ello habría que intentar desarrollar una propuesta distinta y aún contraria, acorde con el constitucionalismo del Estado social: no ya obtener los principios constitucionales a partir de los derechos sino «deducir» (naturalmente, en lo constitucionalmente posible) los Derechos a partir de los principios, de manera que se invirtiera el resultado. Se trataría de realizar en el campo concreto de los derechos los supuestos del constitucionalismo del Estado social y contribuir a resolver de manera más eficaz la debilidad garantista de los derechos sociales. Es decir, se trataría, en definitiva, no tanto del liberalizar el sistema cuanto de socializar los derechos.

En cuanto a la segunda de las conclusiones que se citaban antes sobre la postura constitucional dominante en materia de derechos fundamentales (la que aludía a su expansión y universalización) cabe problematizarla en un doble sentido:

1. Los derechos fundamentales se han mantenido en el ámbito inicial, en el de la «persona», en el de la «igualdad», sin que su «fuerza expansiva» haya sido capaz de extenderlos al ámbito de la desigualdad, al otro elemento de la subjetividad.

Como es conocido y aquí se apuntó antes, las Constituciones del primer constitucionalismo configuran un sistema jurídico sin contradicciones (de ahí el dogma de la unidad y coherencia) en el que lo público, el Derecho Público, y lo privado, el Derecho privado, se relacionan en base a la prevalencia material del segundo respecto del cual se funcionaliza y relativiza el primero (en la medida en la que no existe la contradicción, puede decir que este constitucionalismo es «el constitucionalismo del capital»).

Con la aparición del Estado Social y su penetración constitucional penetra también la contradicción, el Trabajo, de manera que sólo ahora las Constituciones son propiamente tales en cuanto expresan la totalidad social (capital-trabajo). Ahora, el Derecho Público ya no es sólo función de lo privado e individual sino que necesariamente lo contraviene al tener que articularlo a lo social y colectivo. El sujeto individual y su actuación a través de la categoría clásica del negocio jurídico, resulta afectado en cuanto el contrato colectivo de trabajo supuso la emergencia de un nuevo sujeto y se rompía asimismo (con los derechos sociales en general) el supuesto de la igualdad formal. Por eso, la negociación colectiva y los derechos inherentes forman parte y muy especialmente de lo que puede consi-

23. Potenciar la capacidad de ocultamiento de los procesos reales que tiene el sistema jurídico-político, transformarlos de mecanismos de limitación del poder en espacios «administrados» por ese poder, etc. (E. OLIVAS, cit.)

derarse derechos sociales. La crisis del Estado social, no obstante, ha dejado sin desarrollar estas potencialidades y esos derechos y se ha producido en términos reales la vuelta a la primera fase del capitalismo en la que el Trabajo está a merced del Capital y es el expediente al que se recurre para someterle a las imposiciones necesarias para continuar la acumulación o aumentar la competitividad sin que los mecanismos constitucionales citados hayan mostrado eficacia. Porque, pese a la crisis, lo cierto es que el Estado social está en buena medida recogido en las constituciones, de forma que en ella conviven los supuestos del Estado social y los del Estado liberal; es, por supuesto, una convivencia —como se decía— contradictoria, lo que ha obligado por parte de los distintos operadores a realizar una «ponderación» entre ambos que se ha resuelto a favor del segundo²⁴. De esta forma se ha dicho (Ferrajoli) en expresión generalmente aceptada, que el contenido del Estado social se mantiene en los moldes del viejo Estado liberal, lo que explicaría su escasa virtualidad. Creo, sin embargo, que en absoluto es así. Es decir, no sólo los Derechos Fundamentales no se han extendido ni han traspasado los límites de aquel ámbito del que hablábamos antes (el de la igualdad formal) sin alcanzar su «fuerza expansiva» el de la desigualdad, sino que en esta materia, en el ámbito socio económico, quiebran incluso «los principios» que presiden la concepción jurídico—constitucional de los derechos fundamentales:

a) En primer término quiebra el carácter absoluto y universal que tienen —se afirma— los derechos (su no exigencia de título alguno) puesto que se basan en el valor absoluto y universal de la persona por el solo hecho de serlo (constitucionalmente recogido como «dignidad de la persona» o «libre desarrollo de la personalidad» tal como antes se dijo) pues como se sabe y de manera progresiva, en la medida en que se reducen, el disfrute de los derechos sociales se condiciona a un examen concreto de circunstancias por las que ha pasado el sujeto que terminan en la exigencia de un verdadero «currículum» para conseguirlo.

b) En segundo lugar, el principio que hacía de los derechos fundamentales el núcleo excluido de la democracia política y los entendía como situados al margen de toda coyuntura, en este ámbito del sujeto (en el del trabajo) no ya es que no se cumpla, es que se invierte justamente, pues a los derechos sociales se los hace depender estrictamente de las posibilidades que permita la coyuntura; pese a las diferentes propuestas que se han hecho para fortalecer la protección constitucional de los derechos sociales (desde la garantía institucional a la doctrina de la irreversibilidad, las diferentes fórmulas sobre «renta mínima» deducida constitucionalmente o la prioridad presupuestaría en el gasto social, a la inconstitucionalidad por omisión de especial significado pues el «no hacer» afecta a la naturaleza del derecho social o el entender los derechos sociales como derechos fundamentales en los que la falta de garantía es una laguna que puede colmarse o «añadirse» por el derecho objetivo y en concreto a través de la ley como ley general), lo cierto es que no sólo existe un consenso teórico sino sobre todo práctico de hacerlos función de lo que en cada momento sea económicamente posible y, además, un «eco-

24. A. LÓPEZ LÓPEZ: cit.

nómicamente posible» indiscutido, pues no se ha declarado hasta el momento inconstitucionalidad alguna no solo de actuaciones económicas (normativamente articuladas) claramente incompatibles con los postulados del Estado Social constitucionalmente reconocido, sino ni siquiera de alguna de sus medidas como pueden ser las privatizaciones que —como se ha señalado— en determinados casos suponen pasar al ámbito privado actividades y recursos de los que pueden depender fines, intereses o derechos que el Estado (social) tiene la obligación de garantizar²⁵.

2. En segundo lugar, esa fuerza expansiva y tendencialmente universalizadora muestra también sus límites en el ámbito del sujeto con una doble manifestación.

Una primera manifestación de esa limitación se produce a través de la categoría de ciudadano. Está limitación se inscribe en la historia de los derechos fundamentales (ya en la Declaración Francesa se produce una exclusión de los no ciudadanos al distinguirse los derechos del hombre de los del ciudadano) y en su naturaleza jurídico-política o constitucional en cuanto son la positivización de la soberanía estatal, de manera que la correspondencia Estado-Ciudadano aparece de nuevo como necesaria. De ahí la dificultad de la superación de este límite ya que supondría también la superación de todo el equipo ideológico a que se vincula (nación, comunidad histórico cultural y hasta una concepción constitucional basada en estos supuestos). No obstante, la propuesta de superación de esta limitación puede hacerse desde una triple fundamentación: jurídico-política (para contribuir a romper la relación conflictiva —que se convierte en instrumental— entre principio democrático y Estado de derecho como hasta ahora ocurre); moral (que se afirma desde «La paz Perpetua» donde propone Kant un Derecho Cosmopolita regulador de la «universal hospitalidad», hasta formulaciones modernas más radicales que afirman que se atenta contra la «dignidad humana» —principio constitucional— cuando el criterio para distribuir los bienes básicos de la comunidad —como es la atribución de los Derechos Fundamentales— se hace depender de circunstancias como la nacionalidad[...] el criterio constitucional que fija la orientación legislativa es en este sentido inmoral²⁶); y pragmática (tomar los derechos en serio, según la difundida expresión de Dworkin, supone desvincularlos de la noción de ciudadanía, pues al universalizarse derechos como la libertad de circulación o la de residencia, además de las facilidades para el intercambio que en gran medida lo demanda, el mundo desarrollado sentirá la presión demográfica del subdesarrollado y tratará de evitarlo (Ferrajoli).

Europa, ciertamente, representa una posibilidad para romper esa vinculación aunque según lo expuesto debería evitarse la expresión «ciudadanía europea» tanto por incorrección técnica (no se da la correspondencia ciudadanía-Estado) como por la dificultad teórica y práctica que tiene superar las referencias que implica tal como se acaba de indicar.

25. C. HESSE: «Estadios en la historia de la jurisdicción alemana», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1.

26. M. ATIENZA: *Tras la Justicia*, Ariel. Barcelona, 1993.

Si realmente los derechos superan esos límites, el prototipo de quien los disfrutaría debería ser el «refugiado», el que en un país extraño se opone a su asimilación y no es ciudadano de ninguna parte (H. Arendt). Sin embargo sigue teniendo sentido la amarga ironía de Bertold Brecht: «el pasaporte es la parte más noble del hombre... un ser humano puede fabricarse en cualquier parte de la manera más irresponsable y sin ninguna razón sensata; un pasaporte, jamás. De ahí que lo reconozcan cuando es bueno, mientras que un hombre puede ser todo lo bueno que se quiera y, sin embargo, no ser reconocido»²⁷.

La otra manifestación de los límites de esa fuerza expansiva y universalizadora de los derechos tiene que ver con los problemas que plantea la globalización, tanto desde un punto de vista cultural como jurídico político.

Desde el punto de vista cultural, porque puede llevar a ignorar el relativismo cultural e histórico de los derechos fundamentales e incurrir en un fundamentalismo de los derechos que implique un proyecto de Occidentalización hegemónica del mundo. En este sentido es de nuevo necesario hacer un esfuerzo para reformular el «sujeto de los derechos» teniendo en cuenta que el sujeto individual es una categoría estrictamente occidental, mientras que prácticamente en todas las demás culturas lo relevante es el grupo y la pertenencia al grupo, lo que a su vez plantea la exigencia de un «sujeto colectivo» de los derechos fundamentales en el caso de las minorías étnico-culturales o de las comunidades indígenas, acompañada de otras medidas que ponen en cuestión elementos básicos del constitucionalismo occidental tales como la igualdad, la regla de la mayoría, el sistema de producción normativa, etc.)²⁸

Desde el punto de vista jurídico-político confluyen negativamente circunstancias materiales (como es la capacidad de la economía internacional y sobre todo los mercados financieros para condicionar tanto las políticas económicas como el sistema de protección de los derechos no soportando más que un nivel estándar que se va progresivamente reduciendo especialmente en materia de derechos sociales²⁹, lo que cuestiona no sólo el contenido de la democracia –su capacidad para decidir– sino, de nuevo, el concepto de un sujeto individual capaz de autodeterminarse en estas condiciones) con efectos formales (como el que la progresiva superación de las barreras estatales supone también la elusión de sus controles, de los controles del Estado, las llamadas «rigideces» de los sistemas jurídicos internos, lo que se combina con el avance de sistemas jurídicos supraestatales sin legitimidad democrática y déficit garantista) y funciones puramente ideológicas que van desde la instrumentalización de los derechos para justificar la nueva doctrina intervencionista a configurar esa especie de «esperanto democrático constitucional» que, con un reconocimiento puramente formal de elementos del cons-

27. M. L. ESPADA RAMOS: *Derechos Humanos y Relativismo Internacional*; O. CORREAS: «El Derecho moderno frente a los pueblos indios», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 2, 1999. En el orden positivo constitucional debe citarse la Reforma de la Constitución de Oaxaca de 1998 que reconoce ese sujeto colectivo.

28. J. DE LUCAS: *El desafío de las Fronteras*, Temas de Hoy, 1994.

29. D. HELD: *Democracia y Orden Global*, Paidós, 1997.

titucionalismo occidental, no sólo legitima cualquier situación real de los derechos sino que hace perder capacidad reivindicativa y crítica a la lucha por los derechos, a la que se termina desmovilizando³⁰.

...

Con estos planteamientos se han pretendido básicamente apoyar las siguientes finalidades:

1. Separar la dogmática de la ideología jurídica de manera que la aceptación de un irrenunciable ámbito de valores individuales no suponga la necesidad de su aceptación en todos; así, el compromiso con valores básicos de libertad o igualdad no tiene que suponer la aceptación de una «epistemología individualista»; e igualmente, la negación del individualismo como metodología no debe suponer dejar de valorar en grado máximo a la persona, su autonomía y dignidad

2. Intentar construir una teoría crítica del Derecho constitucional y en concreto una teoría crítica de los derechos que tenga como objetivo fundamental convertirse también en garantía, es decir, que funcione como garantía en sí misma o también como metagarantía (Ferrajoli) de garantías eventualmente inoperantes o puramente aparentes.

3. Introducir elementos de superación de la subjetividad jurídica individual en materia de derechos, a través básicamente de tres vías: mediante la integración de elementos garantistas de naturaleza objetiva, que supongan una mayor relevancia del derecho objetivo (con lo que puede implicar de repercusión en el sistema de fuentes recuperando los caracteres objetivos de normas como la ley); la instrumentación de las posibilidades del «sujeto colectivo» en el disfrute, ejercicio y defensa de los derechos; y la racionalización –objetivación– jurídica de la relación entre sujetos con vistas no ya a conseguir «la vía intercomunicativa del consenso» (que tampoco se rechaza) sino para admitir con técnicas garantistas la vehiculación del conflicto.

4. Superar la dicotomía reiteradamente aludida de los elementos que se contienen en la subjetividad: el de la igualdad de todos y el de los intereses de cada uno, lo que supone plantear la cuestión de si los Derechos Fundamentales pueden incidir en la realidad (como se empezó a sostener desde la Escuela de Budapest) o se circunscriben en su naturaleza y efectos al ámbito jurídico-político. La respuesta procede, más que de la práctica teórica, de la «práctica práctica», según la cuál los Derechos Fundamentales junto a su valor propio se han mostrado necesarios para abrir cauces jurídico-constitucionales a las exigencias de los derechos sociales, que, a su vez se revelan como potenciadores del ejercicio de aquéllos en la medida en la que se reconocen, y, correspondientemente, cuando se reducen o niegan han llevado con frecuencia a su limitación o negación por la represión que suscitan las demandas insatisfechas (la legislación excep-

30. Lo que en absoluto supone que no se valoren los avances –bien que limitados y tantas veces instrumentalizados selectivamente– producidos en el reconocimiento y protección internacional de los derechos y su especial relevancia en regiones y países periféricos donde pueden servir de defensa frente a situaciones interiores.

cional y el avance del Derecho penal autoritario, lo ponen claramente de manifiesto).

Se contribuiría así a la estimulación de una ciudadanía participativa que condujera a una democracia activa y no pasiva como la actualmente existente, con lo que se desarrollaría, junto al Constitucionalismo garantista, el Constitucionalismo como estructura democrática del Estado³¹ y se pondría el acento no sólo en «proteger» al ciudadano, señalándole valores y fines, sino en posibilitarle una autodeterminación libre y consciente de los mismos. En definitiva, se trataría de rescatarle como sujeto.

31. L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Torino. 1993. P. DE VEGA: «Estudio Preliminar» a la edición de la Constitución Española de 1978, de A. DE CABO, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996.