

ESTUDIOS SOBRE LA NOCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU NATURALEZA SOCIAL

STUDIES ON THE NOTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND SOCIAL NATURE

Bady Omar Effio Arroyo ^(*)

Fecha de recepción: 30 Mayo 2014

Fecha de aceptación: 05 Junio 2014

Resumen:

Los derechos fundamentales hoy en día necesarios para la tutela de la persona y su dignidad en todos los aspectos de relación de su vida. Quizá la función social es la que se necesita nutrir para arribar a la consolidación de un Estado protector que justifique su existencia, que justifique que su presencia dentro de una sociedad solo es para la tutela de la persona.

El presente trabajo tiene ese objetivo, el aportar el conocimiento de la estructura de los derechos fundamentales para poder entender la estructura y su relación con el sistema de valores que se extraen de la sociedad y que configuran la existencia válida de la Constitución.

Palabras Claves: Contenido esencial, Derechos Fundamentales, jurisprudencia vinculante, sistema de valores,

Abstract:

Fundamental rights today necessary for the protection of person and dignity in all aspects of your life relationship. Perhaps the social function is to nourish it takes to arrive at the consolidation of a welfare state to justify its existence, justifying their presence within a society is only for the protection of the person.

The present work has the objective to provide knowledge of the structure of fundamental rights in order to understand the structure and its relation to the system of values that are extracted from society and shaping validates the existence of the Constitution.

Keywords: Contains essential, Fundamental Rights, binding jurisprudence, value system.

1. A Manera de Introducción: La Noción de Derecho Fundamental

El primer objetivo de este trabajo es determinar la presencia de los derechos fundamentales, dilucidar qué propiedades los caracterizan, cuándo estamos ante un derecho que pueda ser calificado como tal. Y para ello tendremos que considerar en qué se diferencia este concepto de otros afines, pudiendo disponer así de una noción técnica capaz de evitar los inconvenientes que se derivan de la comparecencia de múltiples términos involucrados con la axiología que provocan en muchos casos desorientación y desconcierto.

^(*)Adscrito en la Escuela Profesional de Derecho, Doctor, Docente, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Escuela de Post Grado de la Universidad de Tumbes, Presidente y miembro honorario del Instituto Latinoamericano de Capacitación y desarrollo en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chiclayo, Perú, maresorf@hotmail.com

Con arreglo a un punto de vista dogmático podemos observar que la fórmula derecho fundamental surge en los albores de la revolución francesa (. Peces Barba Martínez, 1982, p. 145) y se consolida en la tradición constitucional alemana aludiendo a una relación específica entre Estado e individuo (Pérez, 1986, pp. 21-51, y 30), con un indudable carácter técnico que la diferencia de otras nociones próximas. Entre éstas es necesario referirse en primer lugar a los derechos humanos. De éstos los separa básicamente su carácter positivo, así los derechos humanos serían *“las facultades que el hombre se atribuye como inherentes a su condición, reflejadas en el consenso social obtenido a partir de la realización de las exigencias de liberación de los condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos”* (Ara, 1991, p. 163), mientras los derechos fundamentales serían *“aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”* (Pérez, 1986, p. 46). Efectivamente en la fórmula derecho fundamental se puede detectar una dimensión jurídica que no existe en la de derechos humanos, y que las distancia; así sólo los derechos fundamentales gozan de una efectiva protección jurídica que falta en los derechos humanos que se ubican en una dimensión moral exclusivamente.

En nuestro sistema constitucional, estos conceptos, no han sido ajenos. En primer lugar, y partiendo de lo ya establecido, se ha definido que *“los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades que encarnan las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales. Por ello, regulan la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos. (...) sobre ellos es posible predicar que son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y correspondencia. Estos principios deben integrarse a la concepción de derechos fundamentales planteados en la Constitución, que a su vez son el resultado de las exigencias de los valores que coexisten en una sociedad política organizada, cuya plasmación normativa se encuentra en el derecho positivo. Mas, esta formulación constitucional no puede ser entendida restrictivamente como una positivización formalista de los derechos humanos, sino con el criterio de la inclusión de los instrumentos normativos de positivización, así como de las técnicas de su protección y garantía”*⁽¹⁾ Véase el Expediente N° 0050-2004-AI/TC –acumulados- Fundamento Jurídico 71).

En segundo lugar, uno de los conceptos más emblemáticos y que concurren a complementar nuestra idea, es la que señala que los derechos fundamentales son *“bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica. (...) En atención a ello, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”* ⁽¹⁾ Véase el Expediente N° 0050-2004-AI/TC –acumulados- Fundamento Jurídico 71).

Estos dos conceptos, no hacen reflexionar sobre la importante distinción que existen entre ambos temas. Un concepto – Derecho Fundamental- para el ámbito interno de un estado; y un concepto diferente – Derecho Humano – para el ámbito externo. Sin embargo, ambos mantienen la misma esencia, significado y contenido respecto de protección y significado que tienen para la protección de la persona.

2. Debate del Concepto de los Derechos Fundamentales

En la literatura extranjera también se distinguen estos conceptos y así Peter Häberle, al caracterizar los derechos fundamentales en relación con el Estado constitucional occidental,

menciona como notas propias su relación con la dignidad humana, con las exigencias de la vida del hombre, y su carácter fundamentalmente jurídico. (Haberle, 1993, pp. 177 y 178).

Sin embargo, no existe un acuerdo unánime en lo que acabamos de exponer, y concretamente el profesor Fernández Galiano entiende que los derechos fundamentales son *“aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana”* (Fernández - Galiano y B. De Castro Cid, 1995, p. 409.). Desde esta posición los naturales que responderían a no sabemos muy bien qué derecho objetivo natural, y que en todo caso conllevaría la más absoluta incertidumbre en el momento de su determinación. En este autor ambos conceptos se identifican, derechos humanos y derechos fundamentales aparecen como sinónimos perfectos, las exigencias éticas en tanto tales son también jurídicas.

Esta equivalencia, sin embargo, no parece aceptable puesto que estos dos términos se mueven en horizontes distintos. El primero, el de derechos humanos, se ubica en un ámbito moral, como exigencias que han de ser recogidas por los ordenamientos jurídicos al representar las necesidades morales de un momento histórico determinado (Fernández, 1984, pp. 77-126 y 78). El segundo se sitúa en una esfera estrictamente jurídica, como exigencias morales relacionadas con la dignidad humana, que han sido expresamente garantizadas o tuteladas por un ordenamiento jurídico.

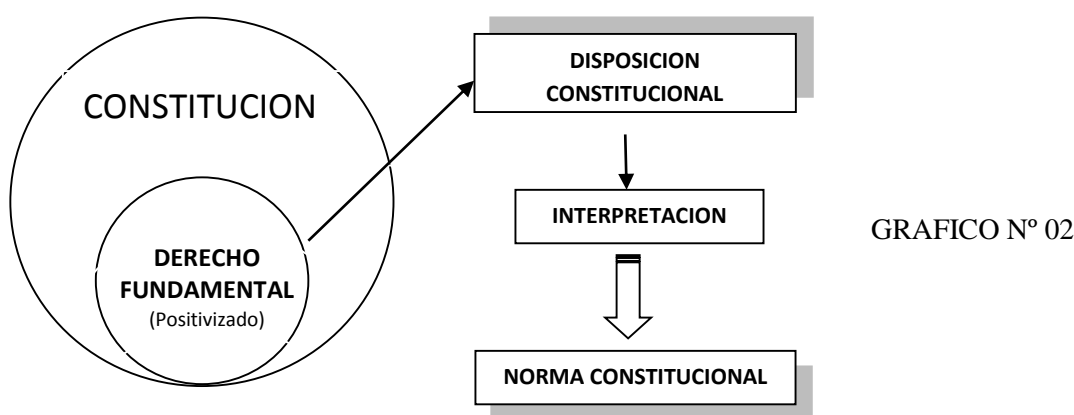


GRAFICO N° 01

La diferencia, entendemos, entre los dos conceptos vendría dada, pues, por el reconocimiento en un plano jurídico positivo; los derechos humanos constituyen una noción previa a la de derechos fundamentales, éstos se identifican con unos derechos garantizados, normalmente en la Constitución, frente a aquéllos, que representan un concepto más indeterminado y genérico que expresa un consenso axiológico, y que por su relación con la dignidad del hombre deberían ser garantizados por el derecho.

3. El Carácter Positivo de los Derechos Fundamentales

Su carácter positivo es entonces un requisito necesario para que podamos hablar *strictu sensu* de derechos fundamentales, pero ello no implica necesariamente su constitucionalización o protección más reforzada (Robles, 1992, pág. 20). En efecto, un derecho fundamental existe en la medida en que esté garantizado por un ordenamiento jurídico, en cuanto incorpore una protección jurídica, pero no por su ubicación en una fuente normativa determinada o por una mayor tutela. Al respecto, debe entenderse desde ya que dichas fuentes normativas son las llamadas en nuestro sistema constitucional como las “Disposiciones Constitucionales”, entendidas estas como “*los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derechos fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una terminada persona o entidad*” (Véase el Expediente N° 1417-2005-AA/TC. Fundamento Jurídico 23 y 24).



Aquí se grafica ilustrativamente la forma de utilizar el concepto de Disposición Constitucional. Esta que es nada más y nada menos que la forma iusfilosofica del derecho fundamental positivizado en la Constitución, dispuesta a ser interpretada para obtener como resultado la norma constitucional, capaz de realizar un mandato, ordenar una protección o fijar los lineamientos de protección de los derechos de la persona. Aquello cuya naturaleza es imperativa y obligatoria para todos los poderes del Estado.

Existen otros términos relacionados con los derechos fundamentales cuyos perfiles muchas veces son difíciles de individualizar. Se trata de vocablos que aluden a nociones que se yuxtaponen con la de derechos fundamentales y que en la mayoría de los casos representan su idea en un momento histórico concreto; nos referimos a fórmulas tales como las de libertades públicas, derechos naturales, derechos públicos subjetivos o derechos morales. Por cuanto se refiere a las libertades públicas, se pueden caracterizar como derechos que corresponden a los individuos frente al Estado, que están reconocidos por un ordenamiento jurídico, y que compelen al Estado a una abstención. Se haría alusión, pues, con este concepto a aquellos ámbitos individuales que el poder público ha de respetar, a las libertades clásicas caracterizadas por la pasividad del Estado frente al individuo (Sánchez, 1989, núm. 30, pp. 55-73, 65 y ss).

Sin embargo, históricamente este concepto ha quedado superado por la aparición de los derechos de la segunda generación, aquellos que se corresponden con el valor de igualdad, y que han venido a matizar el de libertad formal o liberal, concibiéndose ahora los derechos fundamentales desde un punto de vista igualitario que exige una actividad positiva, prestacional, del Estado para que se dé un disfrute real de los mismos (De Castro Cid, 1993, pp. 33 y 34). Pasa, pues, el poder público de tener una función únicamente pasiva, de permisión, a una necesaria

intervención para lograr una auténtica eficacia de los derechos fundamentales, por lo que parece poco apropiado que empleemos el término “libertades públicas” para referirnos al fenómeno de los derechos fundamentales. Las libertades públicas serían en el mejor de los casos una parte de éstos (Rossinelli, 1987, pp. 18 y 19). La noción de derechos naturales, por su parte, haría referencia a unos derechos anteriores al Estado que se imponen a éste por su carácter racional y evidente, y que suponen en todo caso un límite a la actividad estatal. Serían aquel conjunto de derechos que tendrían carácter jurídico aunque no se recogieran en los textos positivos, porque el derecho no se corresponde necesariamente con el legislado; el legislador, desde esta representación, como dice Godwin, sólo ha de interpretar la única ley, la natural (. Godwin, 1976, Libro II, p. 197).

Este concepto representa la proyección jurídico-subjetiva de la doctrina iusnaturalista, para la que el único derecho es el natural.

Esta terminología y la ideología que ampara, como señala Peces Barba, en la actualidad “no tienen un arraigo sólido en la cultura jurídica y política” (Peces Barba Martínez, 1999, p. 26), y no ofrece una respuesta unívoca de lo que se entiende por derechos naturales. Por lo que se refiere a los derechos públicos subjetivos, éstos están relacionados con el Estado liberal de derecho y con el auge del positivismo jurídico, caracterizándose por una autolimitación del propio Estado que conserva la autonomía y la potestad de dilucidar cuáles son esos derechos que el Estado ha de respetar, sin atender a veleidad alguna iusnaturalista. Ahora bien, con el paso del Estado liberal de derecho al Estado social se va a comprobar que este concepto no es adecuado, y es que la noción de derecho público subjetivo, como ocurría con la de libertades públicas (Peces Barba Martínez, 1999, p. 29), es insuficiente para reflejar una realidad distinta. Con el surgimiento del Estado social la actividad pública no se presenta ya como enemiga u hostil a los derechos fundamentales, sino que el poder va a participar en su configuración.

También se han de diferenciar los derechos fundamentales de los derechos morales, figura ésta que, aun sin contar con una tradición consagrada en nuestra filosofía jurídica, viene siendo reivindicada por algunos autores a partir de las teorizaciones de Carlos Santiago Nino y Eusebio Fernández. Para el profesor Fernández el carácter moral remite a unas “*exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho*”.

Sin embargo, esta expresión no es oportuna en cuanto, como señala Peces Barba, no puede distinguirse de la de derechos naturales, en la medida en que se trata de un término ajeno a nuestra tradición, y porque no tiene en cuenta la realidad social permaneciendo demasiado apegada a los clásicos derechos liberales (Peces Barba Martínez, 1999, pp. 34 y 35).

De este análisis terminológico podemos extraer dos consecuencias: en primer lugar, la ya avanzada distinción del concepto derechos fundamentales de otros afines, y, en segundo, la identificación de éstos en las tesis de las concretas tradiciones del pensamiento jurídico, prevalentes en determinados momentos históricos, con una noción contextualizada. Así, parece coherente que, de acuerdo con los esquemas iusnaturalistas, se asimilen derechos fundamentales y derechos naturales, en la medida en que para los representantes de esta doctrina filosófica el único derecho es el derecho natural; o también, parece evidente que para el positivismo resulten equivalentes los derechos fundamentales a los derechos públicos subjetivos, pues desde este punto de vista no hay más derecho que el creado por el Estado y los derechos de los individuos existen sólo en cuanto autolimitación del propio Estado

Tras estas consideraciones acerca de las expresiones que aparecen relacionadas con la idea de derechos fundamentales, creemos que estamos en condiciones de ofrecer una respuesta a qué entendemos por éstos desde un punto de vista teórico. Serían aquellos derechos e instituciones recogidos por el ordenamiento jurídico, generalmente en la Constitución, y que suelen gozar de una especial protección por responder a lo que en cada momento histórico se entiende dignidad humana (Peces Barba Martínez, 1999, pp. 293 y 294). No nos alejamos demasiado de las

definiciones que en este punto han dado autores como Peces Barba Martínez, Haberle. Castro Cid, Pérez, 1986, p. 46), poniendo de manifiesto que estamos ante un concepto rigurosamente jurídico y que, a su vez, está íntimamente vinculado con la ética o la axiología, lo que hace de él una figura compleja y de gran interés en el mundo jurídico.

4. Conclusión

Aunque este tema sigue en debate, antes de continuar hemos de hacer alguna aclaración acerca del doble carácter en el que pueden ser entendidos los derechos fundamentales. En efecto, se ha señalado que éstos pueden ser considerados desde una dimensión objetiva o subjetiva (HABERLE, 1986., pp. 126-130). Los derechos fundamentales en sentido **objetivo** serían el conjunto de valores considerados esenciales en una concreta sociedad; mientras su dimensión **subjetiva** estaría constituida por las facultades de los sujetos. Así Pérez Luño señala que los derechos fundamentales “*desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados*” (Pérez, 1986, p. 25). Criterio que hemos asumido dentro del sistema constitucional peruano, y que debemos compartir y agregar a las alegaciones sobre la propuesta de modificatoria de tener dentro de nuestro sistema “Una Nueva Constitución”, tema muy debatible a la fecha, para poder establecer si queremos seguir en la conceptualización de un constitucionalismo positivizado o en un constitucionalismo abierto a las concreciones conceptuales estructurados por nociones que tienen como base una razón pura o mejor llamada sentido común.

5. Referencias Bibliográficas

- Peces Barba Martínez, G. (1982). “ *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*”. Editorial Mezquita. Madrid,.
- Pérez, E. (1986). “ *Delimitación conceptual de los derechos humanos*” en A. E. PEREZ LUÑO, “*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*”, Editorial Tecno. Madrid.
- Ara Pinilla, I. (1991).” *Las transformaciones de los derechos humanos*”. Editorial Tecno. Madrid.
- Pérez, E. (1988)” *Los derechos fundamentales*” Editorial Tecno. Madrid.
- Expediente N° 0050-2004-AI/TC –acumulados- Fundamento Jurídico 71.
- Expediente N° 0050-2004-AI/TC –acumulados- Fundamento Jurídico 72.
- Haberle, P. (1993). “*Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*”, edición preparada por P. Ridola, traducida al italiano por A. Fusillo y R. W. Rossi,. Editorial La Nuova Italia Scientifica, Roma.
- Fernández – Galiana y De Castro Cid, B. (1995). “*Lecciones de teoría del derecho y Derecho Natural*”. Editorial. Universitas. Madrid.
- Fernández, E.. (1984). “*El problema del fundamento de los Derechos Humanos*”, en Fernández, E. “ *Teoría de la justicia y derechos humano*”. Editorial Debate. Madrid.
- Expediente N° 1417-2005-AA/TC. Fundamento Jurídico 23 y 24.

Sánchez, R. (1989). “Las libertades públicas como grupo de derechos con características propias no susceptible de ser confundido con los restantes derechos constitucionales”. *Revista de Derecho Político*, núm. 30.

Godwin, W. (1976). Enquiry concerning political and its influence on Modern Morals and Happiness, edition preparada por I. Kramnik, Editorial. Penguin, Harmondsworth, Libro II.

Peces Barba Martínez, G.. (1999). “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”. Madrid: Universidad Carlos III – Boletín Oficial del Estado.

Pérez, E.. (1986). “Los Derechos Fundamentales, Estado de Derecho y Constitución”. Editorial Tecno, Madrid.

Gavara de Cara J. (1994). “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid..