

ALGUNAS CUESTIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EXIGIBILIDAD

DONALD E. BELLO HUTT

Universidad de Valladolid

donaldbello@hotmail.com

Palabras clave: derechos fundamentales, fundamentación, exigibilidad, constitución.

La comunicación se enmarca dentro del problema relativo al concepto de derechos humanos y su exigibilidad. El problema central parte de la base de que el concepto y la fundamentación de los derechos humanos son categorías inescindibles. Es en ese contexto en el que surge el problema central al que nos abocaremos: la idea que el concepto y las concepciones tradicionales de derechos humanos implican que su exigibilidad por vía institucional son problemas que corren por cuerda separada. Esto es, que la exigibilidad de un derecho fundamental —entendida como la posibilidad de que los individuos posean las herramientas institucionales necesarias para proteger derechos subjetivos por vía de la coacción estatal— no es parte integrante del concepto mismo de derecho. El concepto tradicional de derechos fundamentales a que aludimos presupone una idea ontológica de universalidad y una fundamentación solipsista de su existencia, que le da entidad a los derechos fundamentales sin necesidad de recurrir a la posibilidad institucional y real de ser llevados a la práctica. La explicación radica en que los derechos fundamentales operarían como libertades negativas que se hacen efectivas por la vía de las abstenciones, en primer lugar, del Estado respecto de las actividades de los particulares, y, por otro lado, del resto de la sociedad, de ejercer conductas que limiten la esfera privada de los individuos.

Así, la exigibilidad de los derechos que requieran una actuación positiva del Estado o de los individuos, se traduce en la creación de un derecho fundamental específico, el denominado derecho de acción. Esto es posible de situar históricamente en la disputa entre Windscheid y Muther (1856-1857) sobre la diferencia conceptual entre el concepto jurídico de acción procesal y derecho subjetivo. El derecho fundamental, en ese orden de cosas, se verá protegido en la medida que cada ordenamiento jurídico en concreto establezca las garantías jurisdiccionales específicas que puedan hacer efectivos los derechos de que se trate. Luego, el derecho existe, según esta concepción, con independencia de la posibilidad de exigirlo, definiendo el derecho a exigir como una categoría contingente y relativa a cada comunidad política.

Proponemos un concepto amplio de derechos fundamentales que abandone dicha idea clásica de ellos, que los identifica con los valores tradicionales del liberalismo, y sugerimos que en su condición de categoría ética, cultural e histórica, no constituyen una concepción cerrada y acabada que los ordenamientos constitucionales positivos puedan acoger o rechazar en su totalidad, sino más bien un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos (PRIETO SANCHÍS, 507). Esta apertura implica entonces que la comunidad política es la que define el contenido y esencia de los derechos que ésta decide otorgarse a sí misma. La fundamentación solipsista debe abandonarse a favor de una de tipo constructivista desde el punto de vista ético, lo que a su vez conduce a aquello que nos interesa: la idea de que la exigibilidad se vuelve parte integrante del concepto de derecho fundamental, particularmente en aquellos sistemas normativos que incluyen derechos sociales y/o de segunda generación.

La línea argumentativa que seguimos supone:

Por una parte, dos paradojas, apuntadas por PRIETO SANCHÍS. Una, que no parece procedente confiar a una mayoría la definición de los derechos fundamentales y, por tanto, la modificación de su contenido. Esto es, «... existiría una contradicción entre el modo de fundamentación consensual y participativo, y la función institucional que desempeñan los derechos...» (PRIETO SANCHÍS, 507). La segunda, que resulta extraño que las mayorías sean protagonistas en la definición de conquistas que históricamente son atribuibles a las minorías.

Respecto de la primera paradoja: no existe en ese caso una contradicción insalvable. Esto porque los derechos fundamentales se originan y existen como un límite al poder político; pero de todos modos la determinación de su contenido no es completamente ajena al poder, y dicho poder no parece ser otro que el que es posible de atribuir de manera contrafáctica al conjunto de los ciudadanos. Es cierto que hay o podrían existir mayorías

que decidan renunciar a ciertos derechos fundamentales, pero eso implica necesariamente renunciar a cualquier sucedáneo de discurso moral, sustituyendo legitimidad por la fuerza, no porque la mayoría que renuncia a esos derechos haya abandonado categorías morales objetivas, sino porque abandonan libertades básicas que posibilitan o sientan las bases de la fundamentación racional de los derechos humanos.

Respecto de la segunda paradoja, es posible señalar que el hecho de que los derechos fundamentales sean categorías cuya existencia es atribuible a la acción de ciertas minorías, no es excluyente— y de hecho es concordante— con la idea del disenso, el cual está en la base de la concepción constructivista que proponemos.

Superadas las paradojas y dentro de un marco constructivista ético-jurídico, sugerimos como hipótesis que el concepto de derecho fundamental, en el estado actual de los ordenamientos constitucionales, requiere ser definido y fundamentado de manera que incluya en dicha formulación, su exigibilidad. Esto especialmente si se tienen en cuenta las pretensiones de las sociedades modernas de hacer patentes las aspiraciones de universalidad de los de derechos sociales, también llamados de segunda generación, de modo que operen con efectos *erga omnes* en la práctica, y que no se queden como meras declaraciones programáticas.

Esta idea implica a su vez, a grandes rasgos, que los ordenamientos constitucionales, al adoptar una versión constructivista de los derechos fundamentales, debieran diseñarse en concordancia con sus posibilidades institucionales y económicas reales y concretas, evitando de esa manera que sus constituciones no sean reflejos de la realidad que pretenden normar. Nos valdremos para este punto de la clasificación que Karl Loewenstein propone de los diversos tipos de constituciones, distinguiendo entre cartas fundamentales **normativas, nominales y semánticas**. En Loewenstein, para que la constitución sea un instrumento vivo no basta con que sea válida jurídicamente, sino que tiene que ser posible su observancia por todos hasta integrarse en la sociedad estatal y ésta en ella. No hay constitución sin una simbiosis entre carta fundamental y sociedad.

La metodología seguida por Loewenstein es útil pues no consiste en una descripción de instituciones y técnicas «país por país» ni tampoco tiene un carácter estrictamente funcional, sino que busca proceder a la comparación constitucional en base a lo que se ha venido denominando como marco o estructura conceptual (*conceptual framework, strukturbegrifflichen*). Gracias a esta clasificación, es posible otorgar un lenguaje a un problema constitucional y político, como lo es la falta de adecuación entre el conjunto de los derechos fundamentales contenidos en las constituciones modernas y la sociedad específica a la que éstos se aplican.

REFERENCIAS

- AA.VV.: *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, L.: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y MENÉNDEZ, A.: *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 2000.
- «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 29, Universidad de Alicante, 2006, pp. 15-31.
- GONZALES CASANOVA, J.A.: «La idea de constitución en Karl Loewenstein», en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 139, 1965, Madrid, pp. 73-98.
- GUARIGLIA, O.: «La defensa de los derechos humanos económicos y sociales y los límites de la intervención judicial», *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 29, Universidad de Alicante, 2006, pp. 109-120.
- ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1997.

EL FEMICIDIO: UNA PRÁCTICA CULTURAL QUE VULNERA LOS DERECHOS HUMANOS

ANA MARÍA BOHOYO CALVO
Universidad de Salamanca

Palabras clave: Derechos Humanos, derechos de la mujer, principio de no discriminación, femicidio, violencia, género.

Pertenece a sociedades pluralistas y heterogéneas en las que los agentes sociales nacen libres e iguales en dignidad y derechos, de acuerdo con el marco normativo de los Derechos Humanos⁽¹⁾. Este marco establece una frontera bien definida, entre lo que es o no es tolerable, e impide cualquier tipo de discriminación y práctica que perjudique la integración de los ciudadanos y la vulnerabilidad de sus derechos, tanto en la esfera pública como en la privada.

En la *Declaración de los Derechos Humanos* se reafirma el principio de no discriminación. Este principio supone el reconocimiento de que los derechos de las mujeres son una parte integrante de los Derechos Humanos fundamentales. De forma similar, esta idea aparece en las cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer, en la *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación sobre la mujer*⁽²⁾ y en diversas resoluciones, de-

(1) «Declaración Universal de los Derechos Humanos» (en línea). Disponible en: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>>. Consulta: 13 de febrero de 2011.

(2) «Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer» (en línea). Disponible en: <<http://www.hchr.org.mx/documentos/CEDAW%20Final.pdf>>. Consulta: 14 de febrero de 2011.