

TOMEMOS EN SERIO LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

José Joaquim Gomes Canotilho

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Coimbra

1. EL «VELO DE IGNORANCIA» EN LA ELECCION DE LA TECNICA DE POSITIVACION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

«Une doctrine scientifiquement fondée du contenu sémantique des formes linguistiques incluant les mots, n'est pas seulement d'un intérêt théorique, mais est aussi, de façon directe, d'une grande importance pour le futur de l'humanité.»

(HJELMSLEV)

La comparación de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 (CPR) y de la Constitución española de 1978 (CE) en el capítulo referente a los derechos económicos, sociales y culturales revela una divergencia significativa. La Constitución portuguesa dedica un extenso Título (Título III) a la individualización y garantía de los «Derechos y deberes económicos, sociales y culturales». La Constitución española incluye un capítulo III, encuadrado en el Título I («De los derechos y deberes fundamentales»), bajo el epígrafe «De los principios rectores de la política social y económica».

Supongamos por un momento que los epígrafes «Derechos y deberes económicos, sociales y culturales» (CRP) y «De los principios rectores de la política social y económica» (CE) fueron introducidos por los constituyentes portugueses y españoles desde una completa «posición de imparcialidad» respecto a cualquier «precomprensión» sobre la dimensión política de los derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras: imaginemos que la «posición original» de los participantes en el «pacto fundador» de la República democrática portuguesa de 1976 y en la Monarquía Constitucional democrática española de 1978 estuviese caracterizada por un «manto diáfano de ignorancia»¹.

¹ Como se puede intuir fácilmente, nos limitamos a reproducir algunas expre-

Desde esta perspectiva, consideraremos que la *técnica de positivación* de los vulgarmente llamados «derechos de prestación» constituye una «elección racional» de «enunciados semánticos» o «dichos constitucionales» y que fue llevada a cabo tanto por los constituyentes portugueses como por los constituyentes españoles, en una situación de libertad hipotéticamente igual. Esta actitud científica nos conduce, por lo tanto, a no emitir ningún juicio de valor sobre las distintas posibilidades de conformación/positivación jurídico-constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales:

- 1) positivación de los derechos económicos, sociales y culturales bajo la forma de *normas programáticas* definidoras de tareas y fines del Estado (*Staatszielbestimmungen*) de contenido eminentemente social;
- 2) positivación de los derechos económicos, sociales y culturales en calidad de *normas de organización* atributivas de competencia para emanar medidas relevantes en los niveles económico, social y cultural;
- 3) positivación de los «derechos sociales» a través de la consagración constitucional de *garantías institucionales* (*Institutionnelle Garantien*), obligando al legislador a proteger la esencia de ciertas instituciones (familia, administración local, salud pública) y a adoptar medidas estrictamente relacionadas con el «valor social eminente» de esas instituciones;
- 4) positivación de los derechos sociales como *derechos públicos subjetivos*, es decir, derechos inherentes al espacio existencial de los ciudadanos².

2. TABLA DE «ENUNCIADOS SEMANTICOS» EN LA CONSTITUCION PORTUGUESA (CRP) Y EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA (CE)

«Il me semble que la chose décisive, c'est de pouvoir mettre les pensées objectives (c'est à dire les Théories) devant nous, de telle manière que nous puissions les critiquer et raisonner sur elles.»

(K. POPPER, *La quête inachevée*, Paris, 1981, p. 260.)

De las consideraciones anteriores resulta ya el «espíritu» con que nos vamos a acercar a las tablas comparadas de algunos «enunciados lingüísticos» (= «enunciados semánticos», «dichos constitucionales»)

siones semánticas de John RAWLS, *A Theory of Justice*; trad. esp.: *Teoría de la Justicia*, 1978, pp. 29 y ss.

² Para profundizar en las técnicas de positivación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, cfr. TOMANDL, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen, 1967, pp. 24 y ss.; BRUNNER, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübingen, 1971. Cfr., además, H. P. SCHNEIDER, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en *REP (Revista de Estudios Políticos)*, núm. 7, 1979, p. 30.

de las Constituciones española y portuguesa, en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales. El «mundo» en que nos situamos es, en términos popperianos, *el mundo 3*, esto es, el mundo de los enunciados en sí³. Consecuentemente, vamos primero a presentar las formulaciones constitucionales comparadas (= positivaciones) y seguidamente trataremos de hacer una crítica de esas formulaciones y de su *verdad*.

Constitución portuguesa (CRP)	Constitución española (CE)
PARTE I	TITULO I
TITULO II	CAPÍTULO 3
CAPÍTULO I	<i>De los principios rectores de la política social y económica</i>
<i>Derechos, libertades y garantías personales</i>	Art. 39.2. «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.»
Art. 36.4. «Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden, por ese motivo, ser objeto de ninguna discriminación y la ley o los poderes públicos no pueden usar designaciones discriminatorias relativas a la filiación.»	

Situémonos ante estos dos enunciados lingüísticos y tratemos de averiguar desde una perspectiva *juridico-dogmática*⁴ la diferencia entre el «texto» portugués y el texto español.

2.1. Constitución portuguesa (CRP)

- 1) La proposición normativa del texto portugués: «Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden, por ese motivo, ser objeto de ninguna discriminación», expresa una *norma universal*⁵ que, a su vez, puede ser formulada en términos (o como fundamento) de una *norma individual*.

Así:

³ Como es sabido, POPPER, en «Le monde 3 ou le troisième monde» (cfr. *La quête inachevée*, p. 258), distingue el «mundo 1» (el mundo de las cosas, de los objetos físicos), el «mundo 2» (de las experiencias subjetivas, de los mecanismos del pensamiento) y el «mundo 3» (el mundo de los enunciados en sí).

⁴ Esto significa que el «discurso» pone aquí entre paréntesis la dimensión *ético-filosófica*, esto es, la cuestión de saber si, independientemente de cualquier positivación jurídico-constitucional, los hijos ilegítimos (= «hijos nacidos fuera del matrimonio») tienen los mismos derechos que los «hijos legítimos» y cuáles son esos derechos.

⁵ Universal porque se dirige a todos los individuos de una clase abierta. Cfr. A. Ross, *Directives and Norms*, Londres, 1968, pp. 109 y ss.

- 2) *a* tiene, frente al Estado, el derecho a no ser discriminado en virtud de su filiación.

O bien:

- 3) *a* tiene ante *b* derecho a *D*.

Quiere decir: *a* (hijo nacido fuera del matrimonio) tiene derecho ante *b* (Estado, poderes públicos) a un tratamiento no discriminatorio *D*. En otras palabras: *a* se encuentra en una posición jurídica caracterizada por el hecho de tener frente a *b* un derecho a la no discriminación. Existe, pues, una *relación tripolar (R)* entre el titular de un derecho (*a*), el destinatario del mismo (*b*) y el objeto (*D*), una *posición jurídica* de *a* ante *b* que le garantiza un derecho a *D*. En la Constitución portuguesa tenemos, por tanto, un derecho de los hijos nacidos fuera del matrimonio, invocable frente al Estado, a no ser discriminados.

$R a b D$

La conclusión es, pues, que en los términos del artículo 36.4 de la CRP, el hijo nacido fuera del matrimonio tiene *derecho a* no ser discriminado por los poderes públicos⁶. Se trata fundamentalmente de un derecho a *actuaciones negativas (Abwehrrechte)* que, a nivel práctico, se reconduce al derecho de exigir que el Estado no elimine o perjudique las *posiciones jurídicas* de los hijos nacidos fuera del matrimonio; por ejemplo, en el derecho sucesorio, en la transmisión de arrendamiento, etc. En términos analíticos:

a tiene ante el Estado el derecho a que éste no perjudique su posición jurídica en una determinada relación jurídica.

En síntesis:

Derecho a (Da) a que el Estado no elimine en una relación jurídica (*R*) la posición jurídica (*P*) de *a*. Esto equivale a la fórmula:

$Da [-] \text{ elimine } (R P a)$

2.2. Constitución española (CE)

En los términos de la Constitución española (art. 39.2): «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...»

El enunciado lingüístico de la Constitución española es sustancialmente diferente al de la Constitución portuguesa. Esta, como vimos,

⁶ *Derecho* es aquí *derecho a* (=rights to services, *Recht etwas*).

incluye la posición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio, en el título referente a los «Derechos, Libertades y Garantías», y les atribuye un derecho a la no discriminación por parte de los poderes públicos (*Abwehrrecht*).

La Constitución española configura la misma posición jurídica fundamental en términos de *competencia*, o mejor, de *norma de competencia*. Consideramos que una norma de competencia crea la posibilidad de, a través de actos jurídicos, modificar la posición jurídica de otro sujeto⁷.

En estos términos:

- 1) *a* («los poderes públicos») tiene frente a *b* («los hijos») competencia (*C*) para, a través de sus actos, crear o alterar las posiciones jurídicas (*Pj*) de *b*.

De ahí la fórmula:

- 2) *Ca (Pj b)*.

Si redujéramos a esta fórmula el «sentido» del texto español no se comprendería la naturaleza del artículo 39.2 como «principio rector de la política social». Y es que, si nos fijamos bien, en el enunciado lingüístico de la Constitución española no sólo se descubre una *norma de competencia* del Estado o de los poderes públicos («Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección de los hijos»), sino también una norma que consagra un derecho de los hijos a la igualdad ante la ley, independientemente de su filiación («iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación»). De donde se deduce que el artículo 39.2 de la Constitución española formula, además de una competencia, el derecho a *actos positivos* y *actos negativos* del Estado. De este modo:

- 1) La protección integral de los hijos puede comprender la norma de un derecho a *prestaciones fácticas* o *normativas*.

En estos términos:

a («los hijos») tiene derecho a que *b* («los poderes públicos») cree las situaciones fácticas (*sf*) necesarias para su protección:

R a (sf)

O:

a («los hijos») tiene derecho a que *b* («los poderes públicos») adopte los actos normativos (*an*) necesarios para su protección:

R a (an)

⁷ Cfr. A. ROSS, *Directives and Norms*, cit., p. 130; K. ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, p. 48.

Más allá de estos eventuales derechos, configuradores de derechos de prestación (*Leistungsrechte*), y que ahora no nos interesan para nuestro análisis, el artículo 39.2 asegura el derecho de los hijos a la igualdad ante la ley con independencia de su filiación. En esta parte, el enunciado lingüístico español contiene una norma semejante a la de la Constitución portuguesa, puesto que de ella resulta que los hijos deben ser tratados sin discriminación, independientemente de su filiación («con independencia de su filiación»). Esto nos conduce a un derecho de defensa (*Abwehrrecht*), pues en la relación (*R*) entre *a* («hijos») y *b* («los poderes públicos»), *a* tiene derecho a *D* («iguales ante la ley»). De ahí que si consideramos:

R (relación jurídica)
a («Los hijos»)
b («Los poderes públicos»)
D («derecho a la igualdad»)

Tenemos:

R a b D

¿Cuál es la razón entonces por la cual la Constitución española «disolvió» este derecho a la no discriminación o a la igualdad de los hijos entre los «principios rectores de la política social y económica»? Por un lado, porque quiso articular una *posición jurídica* reconducible a un *derecho a*, con una *imposición constitucional* dirigida al legislador que apunta a la protección integral de la infancia. Aun así, este «fenómeno de atracción» no basta para explicar una técnica de positivación que encuadra un derecho de defensa en un precepto de dirección política y social. Si dejamos el lenguaje analítico que estamos siguiendo para ceñirnos con rigor a las posiciones jurídicas, e incluimos los enunciados semánticos en el *mundo 3* de Popper o en el *tercer reino* de Frege, constatamos que, al final, un enunciado semántico como el del caso *subjudice*, ya sea en la formulación de la Constitución portuguesa, ya sea en la expresión normativa de la Constitución española, es un «producto del espíritu humano» con una «historia» —la historia de nuestras ideas—. No se trata, como destaca Popper⁸, «de la historia del descubrimiento de esas ideas, sino de la historia de cómo las inventamos, cómo las fabricamos, cómo ellas actúan sobre nosotros y cómo nosotros reaccionamos frente a los productos de nuestra fabricación». El tratamiento de los hijos legítimos e ilegítimos tiene una historia y una arqueología: la *capitis deminutio* de los «hijos naturales».

Vamos a proseguir el análisis con ejemplos más característicos de los derechos sociales, económicos y culturales. Al fin y al cabo es ése el tema de nuestro artículo.

⁸ Cfr. POPPER, «Le monde 3 ou le troisième monde», en *La quête inachevée*, cit., p. 266.

3. CONTINUACION DEL DISCURSO:
DARSE CUENTA DE COMO SE VUELVE ACEPTABLE
LA OPRESION Y COMIENZA LA LIBERACION⁹

«Recht geschieht wie die Sprache im Vorgang, im Verfahren, und
ebenso der Staat einer jeden Verfassung.»

(Helmut GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*,
Baden-Baden, 1981, p. 19.)

Constitución portuguesa (CRP)	Constitución española (CE)
TITULO III	CAPÍTULO SEGUNDO
<i>Derechos y deberes económicos, sociales y culturales</i>	<i>Derechos y libertades</i>
CAPÍTULO III	Art. 27.1. «Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.»
Art. 73.1. «Todos tienen derecho a la educación y a la cultura.»	

La enunciación lingüística de las normas referentes a los derechos fundamentales a la educación, así como su ubicación sistemática, arriba transcritas, parecen sugerir que, en este caso, se operó una inversión de «posiciones jurídicas» en la Constitución portuguesa y en la Constitución española: ésta incluye el «derecho a la educación» en el capítulo relativo a los «Derechos y libertades»; la Constitución portuguesa encuadra el «derecho a la educación» en el Título relativo a los derechos y deberes económicos, sociales y culturales. Se advierte inmediatamente que en el texto constitucional portugués también la «libertad de aprender y enseñar» (art. 43) está expresamente considerada como «derecho, libertad y garantía personal». Sin embargo, lo que nos interesa ahora no es el derecho de enseñar y aprender en tanto que derecho de defensa (*Abwehrrecht*), sino el «derecho a la educación», generalmente considerado como «derecho a prestaciones del Estado» (*Leistungsrecht*). Dicho en términos más o menos clásicos: nos interesa discutir aquí en un plano jurídico-dogmático el derecho a la enseñanza como ejemplo de un derecho a *actos positivos* del Estado y no como derecho de defensa a *actos negativos* del mismo Estado. Desde el punto de vista *jurídico-formal*, no se pone en cuestión si, frente a los dos textos constitucionales, este derecho debe o no ser garantizado en la Constitución o si por la vía del perfilamiento interpretativo es posible llegar a la afirmación de un «derecho a la educación garantizado constitucionalmente». La respuesta en sentido

⁹ Con estas palabras termina Jean-Pierre FAYE su sugestivo libro *Théorie du recit*, París, 1972, p. 136.

afirmativo es transparente, sea en el ordenamiento jurídico constitucional español, sea en el orden jurídico constitucional portugués¹⁰. Otro problema es el de saber si estos derechos de prestación «son verdaderos derechos», a pesar de que como tales vienen *expressis verbis* calificados en los textos constitucionales. En este punto acaban convergiendo todas las tentativas de definición y caracterización del *derecho subjetivo*, que, la mayor parte de las veces, continúan siendo tributarias o de la *teoría de la voluntad-elección* (Windscheid, Austin) o de la *teoría del interés-beneficiario* (Jhering, Bentham). A nuestro juicio, se conseguiría un verdadero progreso científico si lográramos precisar, con algún rigor, las diferentes *posiciones normativas básicas* de un sujeto. En otras palabras, que son, precisamente, las de Lindahl¹¹: se deben buscar los tipos básicos de las posiciones subjetivas. De entre estas *posiciones normativas básicas*, ¿a cuáles debe atribuirse el calificativo de derecho subjetivo?

Tal como ya se sugirió anteriormente, el derecho a la educación, como *derecho positivo* a prestaciones fácticas de los poderes públicos (escuelas, subsidios, medios de enseñanza), podría reconducirse a la siguiente formulación:

- 1) *a* tiene ante *b* un derecho (*D*) a prestaciones fácticas suministradas por éste.

De donde:

- 2) *D a b* (*Pf*).

Debe reconocerse que aceptar esta conclusión es dar por demostrado lo que es preciso demostrar. ¿Cómo puede afirmarse que *a* (él/los ciudadanos/s) tiene ante *b* (los poderes públicos) un derecho (*D*) a prestaciones fácticas (*Pf*)? La discusión del problema en términos jurídico-dogmáticos se vuelve más difícil en cuanto que es cierto que aquí confluyen todas las disputas sobre las «tareas del Estado», sobre el «Estado mínimo» y el «Estado máximo», sobre la «bondad» y la «maldad» del Estado (E. Díaz), sobre la justicia distributiva, etc.¹². En términos más o menos neutros, el derecho de prestación se reduce a lo siguiente:

El derecho de cualquier ciudadano a un acto positivo (facere) de los poderes públicos (Estado).

¹⁰ Lo mismo no ocurre en otros textos constitucionales. Cfr., p. cj., J. P. MÜLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2.ª ed., Basel/Frankfurt, 1981, pp. 12 y ss.; BÜCKENFÜRDE/JEKEWITZ/RAMM (orgs.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg/Karlsruhe, 1981; J. JENSEN, «Verfassung ohne soziale Grundrechte», en *Der Staat*, 19 (1980), p. 374.

¹¹ Cfr. LINDAHL, *Position and Change*, Dordrah, 1977, pp. 84 y ss., que alude, precisamente, a *basic types of one-agent legal positions*.

¹² Sobre la *politische Brisanz* de los derechos a prestaciones, cfr., por último, W. SCHMIDT, «Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland», en *Der Staat*, Beiheft, 5 (1981), pp. 12 y ss.

Se trata de un concepto amplio, ya que el derecho a un acto positivo del Estado tanto puede consistir:

- 1) en el derecho del ciudadano a exigir del Estado protección frente a otros ciudadanos (p. ej.: a través de normas penales);
- 2) en el derecho a que el Estado atribuya a los ciudadanos una posición organizadora y procedimentalmente relevante para la defensa o el ejercicio de otros derechos (p. ej.: la participación en órganos colegiados, la participación en el procedimiento administrativo);
- 3) en el derecho a prestaciones fácticas (subvenciones, plazas en la Universidad, puestos de trabajo, servicios de salud), hablándose aquí de derecho de prestación en sentido estricto (*Leistungsrechten im engeren Sinne*)¹³.

Ya a través de esta diferenciación se comprueba que la dificultad de *subjetivación de un derecho a un facere del Estado* no es en modo alguno un fenómeno del moderno «Estado Social», ya que el *derecho a la protección jurídica a través del Estado* (= acceso al derecho y a la vía judicial) constituyó siempre uno de los *leitmotiv* fundamentales del *Rechtsstaat*¹⁴ y de la comprensión liberal de los derechos fundamentales. En consecuencia, y al contrario de lo que a veces se afirma, algunos de los «típicos derechos liberales» presentan problemas semejantes a los de los modernos «derechos de prestación»¹⁵.

4. UNA IDEA PARA «CONJETURAR» Y «REFUTAR» LA «POSICION JURIDICA PRESTACIONAL»

«Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho.»

(Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 303.)

4.1. *Propuesta de la noción de posición jurídico-prestacional*

El problema actual de los «derechos sociales» (*Soziale Grundrechte*) o derechos de prestación en sentido estricto (*Leistungsrechten im engeren Sinne*) está en «tomarnos en serio» el reconocimiento constitucional de derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al ambiente. Independientemente de las dificultades (reales) que suscita un tipo de derechos subjetivos en los que falta la capacidad jurídica

¹³ Cfr., en términos incisivos y esclarecedores, R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M, 1986, pp. 395 y ss.

¹⁴ Cfr., precisamente, J. JENSEN, «Verfassung ohne soziale Grundrechte», en *Der Staat*, 19 (1980), p. 374.

¹⁵ En este sentido, cfr. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 415.

(= poder jurídico, competencia) para obtener su efectividad práctica (= accionabilidad), no podemos considerar como un simple «aleluya jurídico» (C. Schmitt) el hecho de que las Constituciones (como la portuguesa de 1976 y la española de 1978) consideren ciertas posiciones jurídicas de tal modo fundamentales que su garantía o no garantía no pueda ser dejada a los criterios (incluso al arbitrio) de simples mayorías parlamentarias. En este sentido, se tomará como punto de partida la reciente formulación de R. Alexy¹⁶:

- 1) Los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su garantía o no garantía no puede ser dejada a simples mayorías parlamentarias¹⁷.
- 2) Un ciudadano se encuentra, en virtud de una norma garantizadora de derechos fundamentales, en una *posición jurídico-prestacional* cuando ésta fuera tan importante, desde el punto de vista del derecho constitucional, que su garantía o no garantía no pueda ser dejada a simples mayorías parlamentarias¹⁸.

Esta propuesta de *posición jurídica prestacional* tiene el mérito de rehabilitar derechos fundamentales respecto a los cuales una parte significativa de la doctrina viene demostrando un creciente escepticismo:

- 1) En el plano *político-constitucional*, las posiciones jurídicas prestacionales son posiciones claudicantes, debido a que su optimización presupone siempre una «reserva económica de lo posible» (*Vorbehalt des Möglichen*) que los órganos o poderes públicos interpretarán o concretarán en función de los modelos político-económicos de sus programas de gobierno.
- 2) En el *plano jurídico-dogmático*, asistimos a una inversión del objeto del derecho subjetivo: los clásicos derechos de defensa se reducen a una pretensión de omisión de los poderes públicos ante la esfera jurídica privada; los derechos de prestación postulan una *prohibición de omisión*, imponiendo al Estado una intervención activa de suministro de prestaciones.
- 3) En el *plano metódico y metodológico*, mientras que la densidad de las normas que consagran los derechos de defensa permite tendencialmente su justiciabilidad por medio de acciones jurídicas ejercidas individualmente, en cambio, los preceptos que consagran derechos de prestación establecen imposiciones constitucionales vagas e indeterminadas que dependen de la *interpositio* del legislador y demás órganos concretizadores¹⁹.

¹⁶ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 406 y ss.

¹⁷ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 406.

¹⁸ Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 410.

¹⁹ Cfr. una discusión de los distintos argumentos en J. P. MÜLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, cit., pp. 20 y ss.; A. BLECKMANN, *Allgemeine Grundrechts-*

Estas objeciones globalmente consideradas deben tomarse en serio, pero se basan todas en una «conjetura» que aquí debemos refutar o confirmar: la de que las *posiciones jurídico-prestacionales* se reducen a un único tipo de situación jurídica, regulada por normas indeterminadas, vagas, injustificables, no accionables y, en último término, no vinculantes. La precomprensión teórico-jurídica a ellas subyacente —la alternativa radical *derecho subjetivo/norma programática* y la igualdad *vinculación jurídica = control judicial*— hace mucho que fue rebatida, continuando vigente la argumentación desarrollada por P. Häberle sobre los derechos fundamentales en el Estado de prestaciones²⁰. Ha de reconocerse, no obstante, que la nebulosa de los «derechos de prestación» (= «derechos sociales», «derechos económicos, sociales y culturales», «principios rectores de la política social y económica») carece de una investigación teórica que posibilite la diferenciación estructural de las distintas posiciones jurídicas prestacionales.

4.2. *Análisis estructural de las posiciones jurídicas prestacionales*

4.2.1. *Posición jurídico-prestacional con la misma densidad jurídico-subjetiva que los derechos de defensa*²¹.

Tomemos como *proposiciones normativas universales* convertibles en *normas individuales* los preceptos de la Constitución española y de la Constitución portuguesa referentes al derecho a la vida:

- «todos tienen derecho a la vida» (CE, art. 15);
- «la Vida humana es inviolable» (CRP, art. 24.1).

Estas proposiciones normativas significan, en lo que respecta a los poderes públicos:

- 1) Indisponibilidad de la vida de los ciudadanos, por parte del Estado, bajo ningún concepto:

a (ciudadano) tiene un derecho (*D*) ante el Estado (*b*) a no ser muerto por éste (*N*). Luego:

D a b N

- 2) Derecho a la protección de la vida, a través del Estado, contra los ataques o medidas de terceros, lo que implica la adopción,

lehren, 1979, p. 164; F. MÜLLER/B. PIEROTH/L. FOHMANN, *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, Berlín, 1982.

²⁰ Cfr. P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *VVDSTRL*, 30 (1972), pp. 107 y ss.

²¹ Siguiendo la terminología constitucional portuguesa, se alude aquí a derechos fundamentales «análogos» a derechos, libertades y garantías.

por los poderes públicos, de actos normativos (ej.: leyes penales) o actos fácticos (detenciones, prisiones, etc.). El ciudadano tiene derecho aquí a una acción positivo-normativa o fáctica del Estado. Luego:

$D a b (An)$ — derecho de a (ciudadano) ante b (Estado) a un acto normativo (An).

O:

$D a b (Af)$ — derecho de a ante b a una acción fáctica (Af).

- 3) Derecho a la obtención de prestaciones públicas que faciliten condiciones de subsistencia mínimas. En este caso estamos ante un *derecho de prestación en sentido estricto* que podría resumirse así:

$D a b (Pf)$ — derecho de a (ciudadano) ante b (Estado) a prestaciones fácticas (Pf).

Los autores suelen señalar que éste es uno de los casos en que el ciudadano tiene un *derecho subjetivo originario de prestación* o en el que la posición jurídico-prestacional es garantizada por normas vinculantes que reconocen *derechos subjetivos definitivos de prestación*²².

Pero ¿será esto así? ¿Al derecho de a (ciudadano) ante b (Estado) a prestaciones (P) corresponderá un deber jurídico de b ? En efecto, en términos de lógica deóntica la «relación tripolar del derecho» titular-destinatario-objeto puede o no corresponder a una «relación tripolar de deber». Veamos:

Relación tripolar del derecho:

a tiene ante b un derecho a prestaciones existenciales (P) = $D a b (P)$.

Relación tripolar de deber:

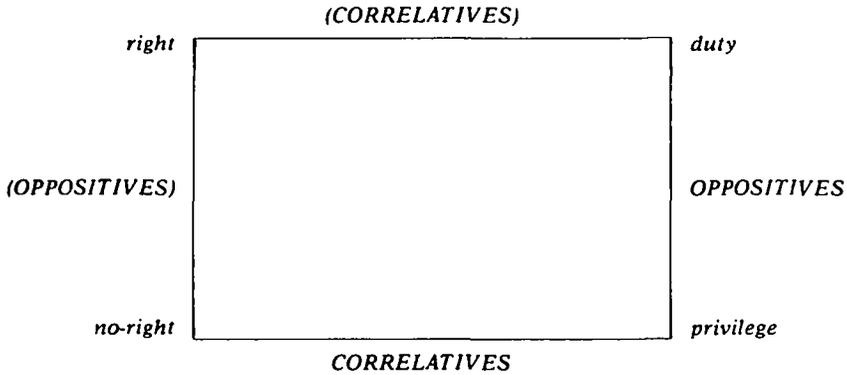
b está obligado por un deber De ante a a suministrar prestaciones existenciales (P) = $De b a (P)$.

En esta hipótesis tenemos un *deber relacional* del Estado y un derecho subjetivo por parte del ciudadano. Solamente que para muchos a la relación tripolar del derecho [$D a b (P)$] no corresponde un deber relacional, sino una obligación no relacional, que se sintetiza de la manera siguiente:

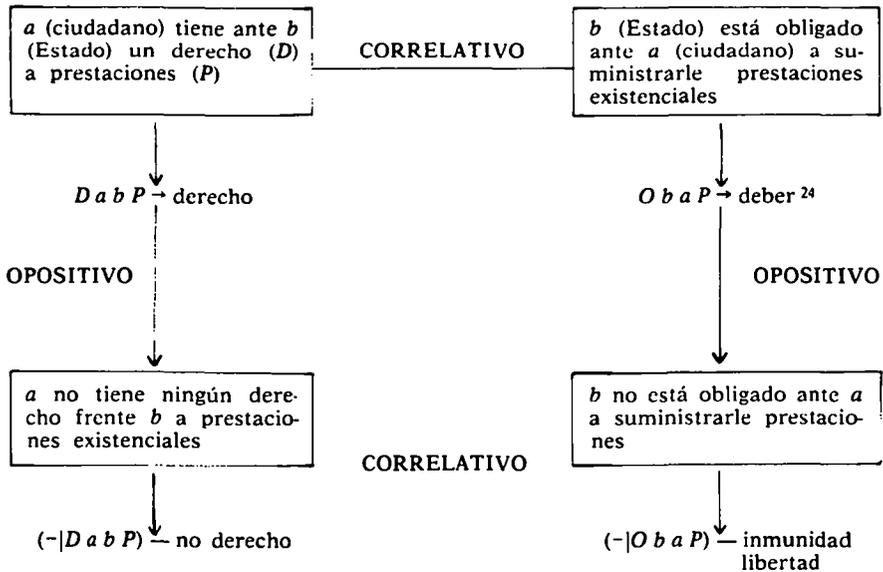
b está obligado a suministrar a a prestaciones existenciales.

²² R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 456, piensa que ésta es la hipótesis de protección más fuerte, es decir, a través de *bindende Normen* que garanticen *definitive subjektive Rechte auf Leistungen*.

Veamos esto mejor a través del cuadro de Hohfeld²³:



A partir de este esquema, volvamos a la cuestión de saber si al derecho del ciudadano frente a los poderes públicos a prestaciones existenciales mínimas corresponde el «correlativo deber» del Estado:



²³ Las tesis de HOHFELD han sido desarrolladas en su trabajo *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, New Haven, 1923, pp. 23 y ss. Sobre él, cfr. A. ROSS, *Directives and Norms*, cit., pp. 118 y ss.; D. H. HISLOR, «The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conception», en *ARSP*, 53 (1962), p. 57; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 188.

²⁴ El símbolo deóntico *O* está empleado como operador deóntico de deber (*O*).

Simplificando:

a) *Relaciones «opositivas»*

- el no derecho (*no-right*) es la negación de un derecho (*right*);
- el «privilegio» o «libertad» (*privilege*) es la negación del deber (*duty*).

Se trata, por eso, de relaciones opositivas (*jural oppositives*).

b) *Relaciones correlativas*

- al derecho (*right*) corresponde un deber (*duty*);
- al no derecho (*no-right*) corresponde un privilegio, libertad (*privilege*).

En lo que respecta al derecho a la vida, creemos que ningún autor, incluso liberal a «ultranza», tiene hoy el valor de decir que el ciudadano no tiene ningún derecho frente al Estado a prestaciones mínimas [*no right* = (\neg |*D a b P*)] y, correlativamente, que éste no está obligado (o tiene el «privilegio» de no hacerlo) a suministrarle prestaciones [*privilege* = (\neg |*O b a P*)]. Se excluye, pues, una «relación opositiva» (*jural oppositives*) en lo que respecta al derecho a la vida, en su dimensión de prestaciones existenciales mínimas del Estado y se excluye una relación correlativa (*jural correlatives*) de no derecho y de privilegio. En consecuencia, nos queda la correlación *D a b P* (derecho) \rightarrow *O b a P* (deber). El ciudadano, en el campo de las prestaciones existenciales mínimas del derecho a la vida, tiene un *derecho subjetivo* (originario, definitivo) a prestaciones existenciales al que corresponde un deber correlativo por parte del Estado.

Esta idea de correlatividad (derecho \Leftrightarrow deber) deja al descubierto algunos problemas. Si el ciudadano tiene derecho a prestaciones existenciales mínimas, entendidas como dimensión indeclinable del derecho a la vida, no se afirma, en cambio, que éste tenga un *derecho de acción* («*Anspruch*», «*Klage*», «*Claim*», «*exigencia*») frente a los poderes públicos. Una cosa es afirmar la existencia de un derecho, otra cosa es determinar cuáles son los *modos o formas* de protección de ese derecho (acción judicial, procedimiento administrativo). A mayor abundamiento, el hecho de reconocerse un *derecho a la vida* como derecho positivo a prestaciones mínimas, que tiene como destinatario a los poderes públicos, no significa imponer *de qué manera* el Estado debe, *prima facie*, llenar de contenido ese derecho. A diferencia de lo que ocurre en el derecho a la vida en su dimensión negativa —no matar— y en su dimensión positiva —impedir matar—, aquí, en la segunda dimensión positiva, existe un relativo *espacio de discrecionalidad* del legislador (de los poderes públicos) en cuanto a la elección del medio (o medios) de hacer efectivo el derecho a la vida en su dimensión

existencial mínima²⁵. Ni la Constitución portuguesa ni la Constitución española dejan ningún tipo de libertad de conformación al legislador en cuanto a la prohibición de matar (derecho a la vida como derecho de defensa, derecho negativo a una omisión de agresión), pero ninguna de ellas establece tampoco una *ponderación* predeterminada en cuanto a la elección de los medios indispensables para satisfacer prestaciones existenciales mínimas inherentes al derecho a la vida. Aun así, la «libertad de elección» o el «espacio de discrecionalidad» de los poderes públicos nunca es total, debido a que existen *determinantes constitucionales heterónomos* que vinculan al legislador. Esos determinantes constitucionales heterónomos son «positivizados» en la Constitución portuguesa bajo la forma de «derechos» («derecho a la Seguridad Social», «derecho a la cultura», «derecho a la paternidad y maternidad», «derecho de los hijos al desarrollo integral») y en la Constitución española bajo la forma de «principios rectores de la política social y económica» («los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social», etc.).

Como viene afirmando el Tribunal Constitucional alemán, el Estado, los poderes públicos, el legislador están obligados a proteger el derecho a la vida, en el campo de las prestaciones existenciales mínimas, eligiendo un medio (o varios medios) que convierta en *efectivo* ese derecho, y en el caso de que sólo exista un único medio de darle efectividad práctica, deben escoger precisamente ese medio²⁶.

4.2.2. *Posición jurídico-prestacional fundamentada en un principio objetivo al que corresponde un deber no relacional.*

La posición jurídico-prestacional subjetivamente más claudicante es aquella que se basa en principios objetivos que imponen «tareas» políticas.

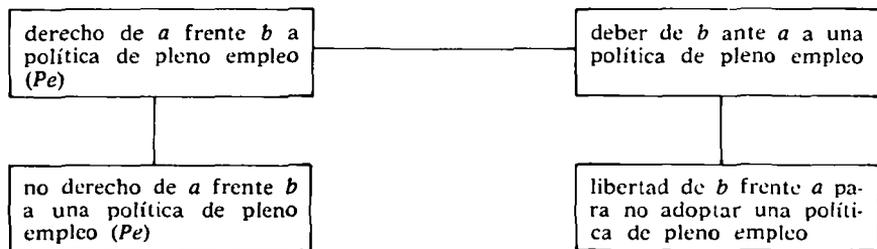
Sírvanos de ejemplo los artículos 59.3 de la CRP y 40.1 de la CE:

²⁵ Cfr., fundamentalmente, BREUER, «Grundrecht als Anspruchsnormen», en BACHOF/HEIGL/REDEKER, *Festgabe zum 25 jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts*, Munich, 1978, pp. 89 y ss.; MÜLLER/PIEROTH/FOHMAN, *Leistungsrecht im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, Berlín, 1982, pp. 67 y ss.

²⁶ Aproximándose en alguna medida a los resultados del texto, cfr., en la doctrina portuguesa, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, p. 203 y nota 28.

Constitución portuguesa	Constitución española
<p>TITULO III</p> <p><i>Derechos y deberes económicos, sociales y culturales</i></p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO I</p> <p><i>Derechos y deberes económicos</i></p> <p>Art. 59.3. «Incumbe al Estado, a través de la aplicación de planes de política económica y social, garantizar el derecho al trabajo, asegurando:</p> <p>a) La ejecución de políticas de pleno empleo.»</p>	<p>CAPÍTULO TERCERO</p> <p><i>De los principios rectores de la política social y económica</i></p> <p>Art. 40.1. «Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.»</p>

Independientemente de la «precomprensión económica» subyacente a estas formulaciones semántico-normativas («keynesismo», «socialismo», «reformismo socialdemócrata»), en ambos textos constitucionales tenemos una *imposición constitucional* —la política de pleno empleo— considerada (bien o mal) como presupuesto del derecho al trabajo (eso es más claro en el texto portugués que en el texto español) y del progreso económico y social en general. Hay que preguntarse, por tanto, si a partir del derecho al trabajo podemos llegar a un derecho del ciudadano a una política de pleno empleo. Es obvio que el «derecho al trabajo» no se comprende sin «empleo» y que una política de potenciación del derecho al trabajo apunta hacia una política económica de pleno empleo. Veamos, sin embargo, las cosas más de cerca, retomando el esquema hohfeldiano:



Frente a esta hipótesis la mayor parte de las respuestas se traducen en lo siguiente:

- 1) *Relación opositiva*: a (ciudadano) no tiene frente b (Estado) derecho a una política de pleno empleo.

- 2) *Relación correlativa*: *b* tiene la libertad frente *a* de no adoptar una política de pleno empleo.

Consideramos que la cuestión está mal planteada porque en este caso existe un deber no relacional del Estado (poderes públicos) y que si no se puede decir que:

- 1) *a* (ciudadano) tiene ante el Estado *b* un derecho a una política de pleno empleo (*Pe*) y, correlativamente, que
- 2) *b* no tiene el deber frente *a* de ejecutar la política de pleno empleo
puede decirse, en cambio, en términos *no relacionales* (*deber no relacional*) que *a* (Estado) está constitucionalmente obligado a una política de pleno empleo.

Así:

- 3) *b* está obligado constitucionalmente a una política de pleno empleo. De ahí que:

O b Pe

La posición jurídico-prestacional se asienta aquí en un principio objetivo —política de pleno empleo— de cuya plasmación puede resultar la realización objetiva del derecho al trabajo. R. Alexy habla, en estos casos, de simple deber objetivo *prima facie* del Estado garantizado por normas no vinculantes (*Objektive prima facie Pflicht des Staates*)²⁷.

4.2.3. *Posición jurídico-prestacional presupuesta por el ejercicio de un derecho subjetivo personal.*

Si en la hipótesis anterior la posición jurídico-prestacional era subjetivamente débil, bien porque se trataba de un derecho económico (derecho al trabajo), al cual no se aplica (en el derecho portugués) el régimen global de los «derechos, libertades y garantías», bien porque a la imposición constitucional de la política de pleno empleo «correspondía» solamente un *deber no relacional* del Estado, sin embargo, en otros casos es difícil negar la subjetividad jurídico-prestacional, porque su garantía a nivel constitucional es tan importante que su existencia no puede dejarse a simples mayorías parlamentarias.

En términos de metodología estructurante, diríamos que se trata de un caso de posición jurídico-prestacional (*Leistungsrecht*) comprendida por el *ámbito normativo* de un derecho, libertad y garantía²⁸.

²⁷ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 456.

²⁸ Cfr. MÜLLER/PIEROTH/FOHMANN, *Leistungsrechte im Normbereich...*, cit., pp. 68 y ss.

Tomemos como ejemplo el derecho a la enseñanza en su dimensión de «acceso a la Universidad»:

<i>Constitución portuguesa</i>	<i>Constitución española</i>
<p>CAPÍTULO III</p> <p><i>Derechos y deberes culturales</i></p> <p>Art. 74. «1. Todos tienen derecho a la enseñanza con garantía del derecho a la igualdad de oportunidades de acceso y éxito escolar. (...) 3. En la realización de la política de la enseñanza incumbe al Estado: (...) d) Garantizar a todos los ciudadanos, según sus capacidades, el acceso a los grados más elevados de la enseñanza, de la investigación científica y de la creación artística.»</p>	<p>CAPÍTULO SEGUNDO</p> <p><i>Derechos y libertades</i></p> <p>Art. 27. «1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. (...) 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.»</p>

A título informativo, diremos, preliminarmente, que existen diferencias relevantes entre la Constitución portuguesa y la Constitución española en lo que se refiere a la positivización del derecho a la enseñanza. En primer lugar, la Constitución portuguesa distingue entre «libertad de aprender y de enseñar» (art. 43) que incluye en el capítulo I (Derechos, libertades y garantías personales), y derecho a la educación (art. 73) y derecho a la enseñanza (art. 74) que encuadra en el capítulo III (Derechos y deberes culturales) del Título III (Derechos y deberes económicos, sociales y culturales). La Constitución española no distingue rigurosamente entre el derecho a la educación y el derecho a la enseñanza, ni separa un derecho de prestación, como es el derecho a la educación de una libertad (libertad de enseñanza) caracterizada fundamentalmente como derecho de defensa (*Abwehrrecht*).

Aunque nos parece técnicamente más adecuado, tanto el enunciado lingüístico como la sistematización del texto portugués, la «relación de contigüedad» que se detecta en el texto español —art. 27: *todos tienen el derecho a la educación; se reconoce la libertad de enseñanza*—, nos permite estar «más cerca» del problema que aquí se pretende discutir. Este puede sintetizarse del siguiente modo: ¿en qué medida un «derecho de prestación» («posición jurídico-prestacional») como el derecho a la educación puede considerarse como dimensión relevante del «programa normativo» de un derecho subjetivo personal (ej.: libertad de elección de profesión, libertad de aprender)?

La pregunta formulada ha sido abordada, en el plano jurídico-constitucional, a propósito de la problemática del «acceso a la Universidad» y del *numerus clausus*.

Las distintas respuestas oscilan entre una posición «maximalista» reconocedora de «derechos originarios de prestación» e incluso de una posición jurídico procesal subjetiva legitimadora de la accionabilidad del «derecho a una plaza en la Universidad»²⁹, y una «posición minimalista» que reconduce el «derecho de acceso» a una imposición constitucional o incluso a una «simple línea de dirección» o «principio objetivo»³⁰. Tratemos de analizar los distintos problemas aquí existentes:

1) Cuando la Constitución portuguesa establece que incumbe al Estado «garantizar a todos los ciudadanos, según sus capacidades, el acceso a los grados más elevados de la enseñanza» y la Constitución española estipula que «los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación», ambos textos confieren al «Estado», a los «poderes públicos», un poder jurídico, una competencia (*competence*). En otras palabras: el artículo 74.3d) de la CRP y el artículo 27.5 de la CE son *normas de competencia*³¹, pues confieren (= «permiten», «delegan») el poder para actuar normativamente en el campo del «acceso» a los grados de la enseñanza superior.

A esta competencia (C) de los poderes públicos (a) corresponde, desde luego, tal como en la hipótesis discutida en el número anterior, *un deber no relacional* (deber del Estado/poderes públicos) de garantía y acceso a los grados más elevados de la enseñanza (E). Esto es:

$$C a (O a E)$$

2) Si nos limitásemos a considerar este «derecho a la enseñanza» en la dimensión de «derecho de acceso» a los grados más elevados de la «enseñanza», con un «simple principio objetivo» al que corresponde un simple deber no relacional del Estado, en nada lo distinguiríamos de la hipótesis anteriormente discutida (derecho al trabajo como condensación refleja de una posición jurídico-prestacional fundada en un principio objetivo: «política de pleno empleo»).

Adelantaremos algo si intentamos establecer «una relación de congruencia» entre el *deber del legislador* (creación de condiciones para que existan plazas de acceso a los grados más elevados de la enseñanza) y la «pretensión subjetiva» del ciudadano³². Es sabido que alguna doctrina propone incluso la distinción entre «derechos, liber-

²⁹ Cfr., como ejemplos paradigmáticos, las sentencias del Tribunal Constitucional alemán designadas vulgarmente por *numerus clausus Urteil* y *Hochschul-Urteil*.

³⁰ Cfr., p. ej., F. HUFEN, *Gleichheitssatz und Bildungsplanung*, Baden-Baden, 1975, pp. 156 y ss.

³¹ Cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*; trad. esp.: *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Madrid, 1979, p. 198.

³² Cfr. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, p. 207.

tades y garantías» o «derechos y libertades» y «derechos sociales» (= derechos de prestación) a partir del concepto de «*pretensiones jurídicas*»³³. Esta sugerencia ya implica algún avance, pues la pretensión jurídica, incluso cuando se distingue del «verdadero derecho subjetivo», tiene en común con él su *carácter relacional*, o sea, al igual que en la situación reservada al «derecho subjetivo», la pretensión tiene como objeto un *facere* o un *non facere*. El problema radica en asociar al derecho subjetivo el carácter de efectividad o aplicabilidad inmediata de la norma que lo garantiza, la determinabilidad del destinatario y la accionabilidad judicial, características que faltarán inequívocamente en muchos derechos de prestación. Pero, siendo esto así, ¿cómo configurar «la pretensión jurídica del acceso a los grados más elevados de la enseñanza» (= «acceso a la Universidad») como una posición jurídica de carácter relacional, reconducible a las fórmulas siguientes?:

- *a* (ciudadano) tiene frente a *b* (poderes públicos) un derecho (*D*) a que éste cree «lugares de estudio» o «mejore» la capacidad escolar existente (*Pf* = prestaciones fácticas) de forma que posibilite la realización de la libertad de elección de profesión y de los derechos a la enseñanza y a la educación.

En resumen: *D a b (Pf)*.

3) La distinción entre esta «posición» y la otra ya antes estudiada (el derecho a la vida en la dimensión de «derecho a la supervivencia» o a las condiciones mínimas de existencia) residirá, en lo que a nosotros respecta, en la diferencia que existe: i) entre una norma que garantiza un *derecho subjetivo de tipo definitivo*, es decir, una norma que suministre fundamento inmediato a una norma individual de decisión (el caso de «derecho a la supervivencia»); ii) y una norma que garantice *prima facie* un *derecho subjetivo*, es decir, que contenga el fundamento para justificar el derecho de prestación, pero que no tenga obligatoriamente como resultado una «decisión individual»³⁴. Derecho subjetivo *prima facie* porque no es posible resolver razonablemente el problema del acceso a la Universidad en términos de «todo o nada». La cuestión de la «reserva de lo posible» (*Vorbehalt des Möglichen*), de la necesaria ponderación que han de efectuar los poderes públicos (*Abwägung*) en lo que respecta al modo de garantizar, con efectividad, ese derecho («mejora de la capacidad existente», «ampliación de la capacidad», «subvenciones a establecimientos alternativos») nos lleva a un tipo de derecho *prima facie* al que corresponde, por parte de los poderes públicos, un deber *prima facie*. Si no se puede afirmar aquí, como en los casos de las posiciones

³³ En la doctrina portuguesa, cfr., p. ej., VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., p. 209. En la doctrina alemana, cfr. la síntesis de F. MÜLLER/PIEROTH/FOHMANN, *Leistungsrechte...*, cit., pp. 63 ss.

³⁴ Cfr. la distinción en R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, pp. 135 y ss., 147 y ss.

jurídico-prestacionales que garantizan un derecho subjetivo definitivo, que el principio de libertad fáctica es de tal modo imperativo que obliga a los poderes públicos a la destilación de un grado mínimo de existencia, siempre podrá decirse, utilizando la fórmula de Müller/Pieroth/Fohmann³⁵, que se trata de derechos a prestaciones constitutivas del «ámbito normativo» (*Normenbereich*) de un derecho fundamental de libertad (o libertades: de elección de profesión, de enseñanza, de investigación, etc.) que el Estado (poderes públicos) debe *prima facie*³⁶ materializar.

5. A MODO DE CONCLUSION: ¿DERECHOS ABSOLUTOS O POLITICAS CONSTITUCIONALES DE LIBERTAD?

«La cultura dei costituenti non era una cultura del passato como qualcuno ha detto, ma anzi, sorprendentemente, del futuro. Essa li portò a scrivere una costituzione che, como Gustav Mahler diceva della sua musica, era destinata non ai contemporanei, che erano sgradevolmente colpiti della sua novità, ma ai posteri.»

(Paolo BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Florencia, 1984, p. 11.)

El discurso anterior, al comparar las «culturas constituyentes» de Portugal y de España en lo que a los derechos fundamentales se refiere, y al intentar una peregrinación y aproximación tipológica de varias «posiciones jurídico-prestacionales», no tiene nada de nuevo. En cuanto al último punto, nos limitamos a retomar las huellas de Breuer³⁷, de Müller³⁸ y, más recientemente, de Alexy³⁹, y a sugerir que el mundo actual de los derechos no se reduce al «derecho hohfeldiano» —afirmar un derecho hohfeldiano es afirmar una triple relación entre dos personas y el acto de una de ellas en la medida en que ese acto afecta a otra⁴⁰—, sino que exige una aguda conciencia de los «matices» o «graduaciones» de las *posiciones jurídicas* garantizadas por el catálogo de los derechos fundamentales.

En lo que respecta al primer punto —el de las culturas constituyentes presentes en la «decisión» constitucional portuguesa de 1976 y en la «decisión» constitucional española de 1978—, el discurso anterior pretendió poner en evidencia que, a pesar de los diversos caminos

³⁵ Cfr. MÜLLER/PIEROTH/FOHMANN, *Leistungsrechte...*, cit., pp. 113 y ss.

³⁶ Articulando *prima facie Rechten/prima facie Pflichten*, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 465 y ss.

³⁷ Cfr. R. BREUER, «Grundrechte als Anspruchsnormen», en *Festgabe Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, pp. 95 y ss.

³⁸ Cfr. MÜLLER/PIEROTH/FOHMANN, *Leistungsrechte...*, cit., pp. 113 y ss.

³⁹ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, sobre todo pp. 456 y ss.

⁴⁰ Así, J. FINNIS, *Philosophy and Public Affairs*, 2/1973, p. 117, transcrito en R. DWORKIN (org.), *The Philosophy of Law* (trad. esp.: *La Filosofía del Derecho*, México, 1977), p. 244.

José Joaquim Gomes Canotilho

recorridos en lo que a la positivización de derechos se refiere, en ambos textos constitucionales se entrecruzan problemas jurídico-dogmáticos y de filosofía práctica de gran complejidad. A nuestro modo de ver, el camino a seguir no será el de procurar desesperadamente una nueva teoría de «derechos absolutos puros»⁴¹, sino el de promover a partir de «pactos fundadores», «antropológicamente amigos», una política constitucional de las libertades «abierta» y «progresista» (si se quiere, posmodernista), pero siempre intersubjetivamente fraterna.

Coimbra, 10 de diciembre de 1987.

(Traducción: Emilio CALDERÓN MARTÍN
y Ascensión ELVIRA PERALES.)

⁴¹ Tal vez en el sentido de Alan GEWIRTH, «There are Absolute Rights», en *Philosophical Quarterly*, 32 (1982), pp. 348 y ss., cit. por R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 272.