

DERECHOS E INTERESES. PROBLEMAS DE TERCERA GENERACION

Antonio J. Porras Nadales

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

1.— INTRODUCCION

La evolución de los derechos fundamentales en la configuración constitucional de los Estados de Derecho se suele interpretar como un largo proceso histórico expansivo, de carácter más o menos abierto, cuyas distintas fases de desarrollo se han traducido en estratos dogmáticos superpuestos, no siempre bien diferenciados, aunque susceptibles de ser ordenados desde una óptica "generacional" que permite expresar la distinta posición alcanzada por los derechos a lo largo del tiempo dentro del respectivo sistema jurídico: derechos individuales, libertades públicas, derechos sociales, y derechos de prestación. serían hasta ahora las etapas fundamentales de este proceso de engrosamiento de las partes dogmáticas de la Constitución ¹.

En su ubicación lógica dentro del ordenamiento, la dicotomía entre derechos e intereses nos permite en principio a las distintas arenas posibles de concreción de las esferas de proyección dinámica de la personalidad humana, implicando una ubicación diferenciada que se traduciría tanto en la dicotomía entre derecho público y derecho privado, como en la distinta instrumentación de sus mecanismos de garantía y de protección jurisdiccional, implicando igualmente una posición diferenciada en el caso de colisiones entre las distintas esferas de proyección externa de la personalidad humana.

Frente al ámbito ordinario y socialmente normalizado de los intereses, proyectados en una esfera inmanentemente propia de la Sociedad Civil, la categoría del derecho subjetivo (eventualmente elevable a la de derecho fundamental por la norma constitucional) expresa un tipo de canalización privilegiada de las relaciones entre Sociedad y Estado que debe quedar jurídi-

¹ P. Cruz Villalón, "Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales", REDC., 25, 1989; Antonio E. Pérez-Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1986; id. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1986.

camente determinada en el ordenamiento del Estado a través de la doble función declarativa y garantista cumplida en último extremo por la propia Constitución con su correspondiente Declaración de Derechos.

Si aceptamos que el largo ciclo histórico de evolución democratizadora de los Estados occidentales de Derecho se ha venido traduciendo en una progresiva apertura intercomunicativa entre sociedad y poderes públicos, estará claro por qué en el marco del moderno Estado social y democrático de Derecho subyace una constante tendencia *inflacionaria* —expresión, en definitiva, de la intensificación de esos nexos intercomunicativos entre sociedad y Estado— que se traduciría en la elevación a la categoría de derechos constitucionales de concretas esferas vitales que con anterioridad se ubicaban en el espacio desprivilegiado de los intereses: vivienda, trabajo, salud, cultura, asistencia, etc., habrían pasado de la esfera de la autorresponsabilidad horizontal del propio sistema social, a la esfera de responsabilidad vertical del Estado, imponiendo así una nueva posición de los individuos frente a los poderes públicos².

Se trataría pues de una nueva expresión del fenómeno de *sobrecarga* que singulariza la evolución del Estado democrático avanzado³, pero en este caso afectando no sólo a la propia Administración prestadora, sino al conjunto del sistema jurídico del Estado, integrando tanto la esfera judicial como a la propia configuración instrumental de la dogmática jurídica que deberá asegurar la función interpretativa y aplicadora de ese poder judicial⁴.

El uso de criterios clasificatorios para ordenar este proceso histórico no siempre se traduce sin embargo en esquemas perfectamente homogéneos: mientras en rigor la evolución del tipo de Estado se expresa hasta ahora en los dos modelos puros del Estado Liberal y el Estado Social (de Derecho), suele hablarse en cambio de tres estratos generacionales en la evolución de los derechos constitucionales. *Primero*, el de los derechos individuales y las libertades públicas del constitucionalismo liberal originario; *segundo*, el de los derechos sociales de la fase evolucionada del liberalismo (o fase originaria del Estado social); y finalmente el de los derechos de la *tercera generación*, o derechos de prestación (los *Principios rectores de la Política Social y Económica* del Capítulo III, Título I de nuestra Constitución de 1978), propios del Estado social avanzado, cuya panoplia parece no agotarse ante la posible incorporación de nuevas figuras (derechos de protección frente a la manipulación genética, medio ambiente, etc.).

Desde la perspectiva de la evolución del propio Estado es suficientemente conocida la dualidad de consecuencias que la constitucionalización de estos derechos opera sobre los poderes públicos: mientras en el contexto del Estado Liberal el estrato de derechos individuales, libertades públicas, e incluso derechos sociales, se traducen en una limitación de las posibilidades de

² Sobre la ubicación histórica de los derechos de prestación o de contenido social y económico en el contexto de los movimientos alternativos a partir de los años setenta, cfr. recientemente Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, "Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución Española". REP., 71, 1991, pp. 171-196.

³ Niklas Luhmann, *Teoría política nello Stato del Benessere*, Milán, Angeli, 1982.

⁴ J. L. Cascajo, *La tutela jurisdiccional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, Tecnos.

actuación de los poderes públicos al asegurar espacios efectivos de libertad de los ciudadanos; en cambio, los derechos de prestación propios del Estado Social introducen alternativamente el desarrollo del intervencionismo estatal a través de la generación de un derecho intervencionista de carácter generalmente finalista o instrumental⁵, con frecuencia de naturaleza infralegal, que se nos aparece como una de las más características manifestaciones del propio crecimiento del Estado Social a lo largo del siglo XX.

Hay al menos dos problemas relevantes en el debate contemporáneo sobre estos derechos de tercera generación: en primer lugar la existencia de un evidente grado de insatisfacción doctrinal ante el tratamiento relativamente poco privilegiado que tales derechos de tercera generación presentan en la esfera estrictamente constitucional, al menos en comparación con el conjunto de garantías jurídicas reforzadas con las que cuenta el bloque de los derechos fundamentales y libertades públicas en sentido estricto. Un problema que afecta directamente al grado de eficacia jurídica asumido finalmente por tales derechos de tercera generación: la necesidad de una mediación legal encargada de operativizar el estrato estrictamente declarativo de la norma constitucional remite la cuestión al eterno dilema del control por omisión sobre el legislativo, otorgando en definitiva un amplio margen de autonomía a la instancia política (el legislativo) en la conformación efectiva de tales derechos de prestación.

Hasta ahora, la doctrina y la práctica jurídica parecen buscar una respuesta a esta cuestión siguiendo una orientación predominante más o menos común: se trataría de un intento de *uniformización hacia arriba* de las nuevas categorías de los derechos, reproduciendo así una tendencia histórica característica del Estado social intervencionista, que conduce a una creciente sobrecarga de demandas sobre la esfera pública. En definitiva una nueva manifestación de la tendencia a la expansión del principio de igualdad (en este caso igualdad de los mecanismos de protección en todos los derechos) como instrumento motor del desarrollo del moderno Estado democrático.

La segunda cuestión se refiere al hecho de que, como categoría residual en expansión, los derechos de tercera generación integran no sólo el bloque característico de los *derechos de prestación* en sentido estricto, inductores de un crecimiento directo del intervencionismo estatal (salud, asistencia, vivienda, etc.), sino igualmente un conjunto de "nuevos" derechos (en algunos casos aún no constitucionalizados) en los que parecen reproducirse las exigencias limitativas de la acusación de poderes públicos, o de otras fuerzas sociales, propias del anterior universo liberal: la protección personal frente a la informática, el derecho de los consumidores, la defensa del medio ambiente, etc., más que impulsar a un crecimiento directo del intervencionismo estatal, remiten más bien a una función declarativa, donde se definen nuevamente ámbitos vitales que no deben ser interferidos por los poderes públicos ni por otro tipo de agentes sociales: la ambigua categoría de la "tercera generación" integraría pues un conjunto profundamente heterogéneo de nue-

⁵ Gunther Teubner, "Substantive and reflexive elements in modern Law", *Law and Society Review*, 1983, 17, 2, pp. 239-285.

vas figuras, donde elementos clásicos del Estado Social intervencionista se mezclan confusamente con elementos más propios de un contexto postsocial donde se exige un derecho regulativo no estrictamente intervencionista.

En este ámbito pretendemos introducir dentro del amplio debate sobre el tema, una reflexión general sobre la dicotomía entre derechos e intereses considerada como una esfera previa (la de las relaciones entre sociedad organizada y poderes públicos) desde la cual pueden acaso deducirse algunas aportaciones de interés.

2.— DERECHOS E INTERESES EN EL UNIVERSO LIBRAL

Ulrich K. Preuss⁶ ha descrito la génesis del concepto de interés en el pensamiento jurídico occidental a partir de una conformación diferenciada frente al ámbito de las “pasiones” y de la “razón” que en el primitivo esquema prehobbesiano configurarían un estado de naturaleza concebido como estado de guerra de todos contra todos. Su formalización jurídica en el ámbito de la dogmática constitucional, al convertirse en algunos casos en auténticos *derechos*, implicaría la configuración de un espacio privilegiado de protección del individuo en la esfera referencial del mercado, es decir, en la instancia de la Sociedad Civil previa a la constitución del propio Estado: un fenómeno que se opera a través de un doble circuito de (a) reconocimiento, o elevación a Derecho por parte del Estado (o autolimitación del Estado en el sentido de Jellinek), y (b) generación de una determinada protección activa por parte de los poderes públicos.

A partir de entonces los derechos serían pues el resultado de una elevación privilegiada de determinados intereses que afectan a esferas prioritarias del ámbito vital de los ciudadanos, cuya satisfacción quedará asegurada por los correspondientes deberes de otras personas o instituciones, actuando el poder estatal como garante último de este cumplimiento⁷.

Su ubicación inicial en la esfera privada implicaría en la lógica liberal una adecuación a las exigencias utilitaristas del libre mercado, mediante un doble circuito de protección, (1) en la esfera vertical, o frente al Estado, con las restricciones en el Derecho Público frente a posibles interferencias políticas en la esfera privada, y (2) en la esfera horizontal o interactiva del mercado, mediante un principio asignativo que en el supuesto de competencia entre derechos individuales, atribuiría en última instancia una preferencia a favor de la maximización de la rentabilidad social neta, o sea, de la eficacia económica.

En este segundo caso, la colisión entre derechos-intereses deberá resolverse inicialmente en un marco de interacción horizontal o de mercado, una vez que se ha operado ya históricamente la desintitucionalización de las viejas esferas corporativas de ámbitos sociales definidos, propias del Antiguo

⁶ “The Concepts of Rights and the Welfare State”, en G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín, 1986, Walter de Gruyter.

⁷ U. K. Preuss, op. cit. en G. Teubner (ed.) cit. pág. 156.

Régimen. Utilizando el esquema de Polanyi sobre los diferentes tipos ideales de intercambio social (recíproco, de mercado, distributivo), Preuss deduce que la lógica pura del mercado implicaría inicialmente una alta cuota de riesgo social una vez que se han disuelto previamente los mecanismos históricos preexistentes (grupos sociales organizados en base al trabajo, la religión, la cultura o las tradiciones, etc.) que salvaguardan ámbitos vitales definidos frente al riesgo de la competencia.

La configuración liberal de los derechos como derechos absolutos de la persona, de carácter no simétrico ("rights are not balanced by counter-rights": reflejo de la separación kantiana entre moralidad y legalidad) produciría, en efecto, una ausencia de seguridad en las interacciones de mercado entre derechos individuales (lo que explica pues la hipótesis hobbesiana de la inseguridad del sistema). Este déficit potencial de seguridad (o riesgo inherentes al mecanismo del mercado) deberá ser suplementado por el Derecho. Y de este modo tales intereses, ahora convertidos en derechos, adquirirían un carácter ambivalente:

(1) Por una parte se basan en el principio dinámico de la competencia —horizontal— entre intereses individuales, con su lógica cuota de riesgo inherente, propia del mecanismo interactivo de mercado.

(2) Por otra, salvaguardan esferas individuales de interés frente a su potencial violación por los intereses de otros (por los de la sociedad en su conjunto), implicando así una tendencia intrínseca de los derechos a restringir la competencia —libre— de intereses.

Esta dualidad se operativizaría a través de los dos circuitos fundamentales de armonización del moderno orden social, el *dinero* y el *Derecho*; el dinero deberá asegurar la vigencia del principio de intercambio impidiendo la exclusión de ciertos bienes del mercado, en la medida en que la transformación/transacción de la propiedad-interés en dinero compensa al titular de la cosa (supuesto típico de la expropiación); el Derecho, al tutelar la esfera de los "nontradeable rights" (no sólo derechos individuales, sino también libertades públicas) asegura la protección de los ámbitos vitales ante la intrusión de un intervencionismo impuesto por razones de eficiencia económica⁸.

De esta manera la seguridad en el disfrute de derechos individuales no negociables hace del Derecho un instrumento de bienestar social frente a un contexto exterior sometido a la dinámica del mercado y, por tanto, a constantes procesos de transformación. El bienestar social quería así internalizado en el contexto social liberal como un instrumento de cálculo racional de intereses, haciéndose compatible con el interés individual: las consecuencias de la obediencia o desobediencia al Poder/Derecho se convierten así en un factor calculable individualmente, dentro del equilibrio concurrencial de los propios intereses: y de este modo, finalmente, el egoísmo individual resultará ser compatible con la interacción horizontal propia de las sociedades de mercado.

⁸ "whereas... money mobilizes property rights for the sake of efficiency, it is the law which mobilizes non-tradeable rights for the sake of maximizing public welfare". U. K. Preuss, op. cit. en G. Teubner (ed.) cit. pág. 162.

El carácter universal y absoluto del Derecho vendría a permitir en modo armonioso la desintitucionalización del anterior modelo compartimentalizado de espacios vitales que se ha operado históricamente con el advenimiento del sistema liberal.

3.— DERECHOS E INTERESES EN EL CONTEXTO DEL ESTADO SOCIAL INTERVENCIONISTA

Con la aparición del Estado Social y la implantación de los derechos redistributivos, se estaría operando una alteración sustancial de este esquema: se trata ahora de un nuevo tipo de derechos que dependen directamente de la esfera pública (es decir, no están socialmente internalizados, ni dependen inicialmente de su ejercicio de cálculos individuales de rentabilidad) y que vienen a interferir activamente en el proceso asignativo del mercado, operando una labor transformadora de la realidad social subyacente: lo que tiende a generar una inevitable *politización* en el proceso de implementación de los mismos, frente al carácter no politizado del tipo de relaciones entre derechos y poder político que se operaba en el esquema liberal.

No vamos a recordar aquí todo el proceso paralelo de incremento del intervencionismo estatal que este cambio conlleva, aunque resulta claro que, hasta la aparición de la literatura sobre la crisis del Estado Social, todos los esfuerzos parecen efectivamente encaminados a asegurar un reforzamiento de la posición activa de los poderes públicos como instrumentos garantes en última instancia de la eficacia de los derechos de prestación: un reforzamiento que habría afectado en primer lugar a la propia esfera ejecutiva del Estado, donde se produce básicamente un derecho intervencionista infralegal; pero también en segundo lugar (y tras constatarse las limitaciones del primer circuito) a la propia esfera judicial entendida como potencial instrumento de estímulo, capaz de asegurar la realización efectiva de tales derechos: lo que conduce finalmente a la contradictoria posición de un poder judicial entendido como instrumento activo de control por omisión sobre la esfera intervencionalista del Estado, adoptando así una posición ambigua que hasta cierto punto desnaturaliza su configuración inicial de poder "social" encargado de frenar al poder político.

La peculiar ubicación de esta categoría de los derechos de prestación en el organigrama jurídico del Estado Social intervencionista genera al menos tres tipos de consecuencias.

En primer lugar, la inexistencia de una eficacia inmediata *erga omnes* impide al individuo operar primariamente a partir de cálculos individuales de rentabilidad, debiendo adoptar una posición de proyección activa sobre el Estado, originariamente se supone que como estimulador político con el objeto de motivar la actuación legal para, a continuación, y sobre la base de aquella, articular sus concretas demandas.

Ante el marco declarativo originario el ciudadano debe encaminarse pues a la labor indirecta de "orientador político" de la actuación del sistema

a través de su función de elector o votante: una tarea en la que por más que se produzcan mecanismos de racionalización selectiva al estilo de los modelos descritos por el enfoque del *rational choice*, la posición soberana del ciudadano elector resulta profundamente mediada por la posición activa del oligopolio dominante de los partidos políticos. Subsidiariamente, el único instrumento inmediato a disposición del sujeto sería el papel de estimulador directo de la esfera judicial que, en ausencia de soportes legales bien definidos previamente, se movería en el pantanoso terreno del control por omisión. En definitiva, resulta claro que en el ejercicio de los derechos de prestación la posición del ciudadano se caracteriza por una mayor cuota potencial de *inseguridad jurídica* al depender su desarrollo e implementación casi exclusivamente de la actuación de los poderes públicos.

En segundo lugar, el desarrollo de los derechos de prestación, o derechos de tercera generación, impone inicialmente una *sectorización fragmentada* de las áreas vitales elevadas al nivel de protección de la esfera pública: si la lógica liberal determinaba la exclusión de determinadas esferas de intereses de la esfera del intervencionismo público precisamente para asegurar la proyección uniforme de *todos* los ciudadanos ante el mercado, en cambio en la lógica del Estado social intervencionista se opera una fragmentación funcional de diferentes áreas de intereses que, al ser elevadas a la categoría de derechos de tercera generación, determinan un impacto diferenciado de las correspondientes políticas públicas: las políticas de asistencia social, de educación o cultura, de asistencia sanitaria, de vivienda, etc., en la medida en que operan el desarrollo efectivo de determinados derechos de prestación, no generan como efecto resultante un espacio universal o común de satisfacción de tales intereses vitales elevados a la categoría de derechos, sino más bien una realidad social compleja y fragmentada.

En tercer lugar, junto a estos fenómenos de relativa inseguridad jurídica en la implementación de los derechos de prestación y de sectorización o desuniversalización de su ámbito social de imputación, puede apuntarse un nuevo tipo de fenómeno generado tras la puesta en práctica de los derechos de prestación: el surgimiento de tendencias que sugieren una *posición egoísta* o no solidaria por parte de los sujetos afectados⁹, en el sentido de que la obtención de efectos de bienestar resultantes de las prestaciones del Estado se desvincula generalmente de cualquier principio de reciprocidad o de solidaridad frente a las exigencias impuestas por las oscilaciones del proceso social y económico.

En la medida en que la exigencia de solidaridad se imputa al plano de la suprarrealidad política del propio Estado, nos enfrentamos, inversamente, a un desplazamiento en un sentido vertical (hacia los poderes públicos) de las tendencias egoístas propias del mercado privado, de tal modo que sería el bienestar individual —y no el de la comunidad— con su tendencia maximizadora, el motor último de la intensificación de las aspiraciones al incremento de los derechos de prestación: pero sin ningún tipo de elemento equilibrador de reciprocidad o de protección horizontal propio de la esfera de la sociedad civil.

⁹ Nuevamente una sugerencia de U. K. Preuss, en G. Teubner (ed.) cit.

4.— LAS RELACIONES ENTRE SOCIEDAD Y ESTADO EN EL CONTEXTO DE LAS SOCIEDADES DEMOCRATICAS AVANZADAS

No es este el lugar para describir en detalle el conjunto de elementos del complejo proceso de crisis y transformación del Estado Social, tal como aparece formulado tras la segunda postguerra¹⁰. Algunas de estas transformaciones pueden tener sin embargo una incidencia especial en la configuración jurídica de los nexos intercomunicativos entre Sociedad y poderes públicos, que se sustancian en su caso a través de las figuras alternativas de los derechos o los intereses.

Recordemos que el tipo de relación que se operaba a través de los derechos de prestación en su sentido más característico se traducía en un impacto directo sobre el desarrollo del intervencionismo estatal: sin entrar en el conjunto de causas que inducen a la crisis del Estado social intervencionista a partir de los años setenta, puede aludirse al menos a la progresiva consolidación de dos tipos de pautas argumentales o criterios de rectificación del intervencionismo público entendido en su sentido más clásico: en primer lugar las dudas respecto a la efectiva capacidad conformadora de la realidad social operada por el derecho intervencionista, y la progresiva afirmación del criterio general de que toda política intervencionista debe respetar las pautas de la vida socialmente establecida, lo que implica una revisión de la tradicional posición instrumental/finalista del derecho del Estado social¹¹ y una apuesta por actitudes "conservacionistas" de la vida social autoorganizada. En segundo lugar, el desarrollo progresivo de la dinámica corporatista impone un principio general de presencia activa de la propia sociedad organizada en el diseño e implementación de las políticas sectoriales que les afectan, relativamente al margen de los circuitos tradicionales de la representación política.

Esta nueva perspectiva de valoración del fenómeno intervencionista se concreta en una amplia fenomenología, de la que podemos destacar algunas líneas o pautas más significativas. El fenómeno de la llamada *desreglamentación* sería una de las primeras y confusas manifestaciones que se deducen de este fenómeno transformador, imponiendo una relativa crisis del derecho intervencionista infralegal y su sustitución por fuentes atípicas (negociación social, planes concertados, etc.), a menudo en coincidencia con la formación de esferas institucionales semiautónomas de cuya esfera de gestión va a depender ahora la implementación efectiva de ámbitos de bienestar incluidos en algunos de los derechos de prestación o derechos de tercera generación: no está claro si en Europa puede hablarse de un desarrollo histórico del

¹⁰ Cfr. Carlos de Cabo, *La crisis del estado social*, Barcelona, 1986, PPU; Antonio J. Porras Nadales, *Introducción a una Teoría del Estado Postsocial*, Barcelona, 1988, PPU. E. Forsthoft y otros, *El Estado Social*, Madrid, 1986, CEC.

¹¹ Sobre el tema cfr. Xavier Arbós, "La crisis de la regulación estatal", *REP*, 71, 1991, pp. 259-280; Antonio J. Porras Nadales "El Derecho intervencionista del Estado. Aportaciones sobre un reciente debate", *REP*, 63, 1989.

derecho de las corporaciones públicas al estilo americano, pero en cualquier caso tanto el impacto de las reprivatizaciones, como el desarrollo de institutos públicos semiautónomos, manifiesta una línea histórica de evolución que altera el ámbito de imputación simplificada y unificada de las relaciones entre ciudadanos y poderes públicos tal como hasta ahora se configuraba en el Estado keynesiano de bienestar.

En consecuencia, y en segundo lugar, la transformación del Estado, y de sus relaciones con la propia sociedad parece sugerir una tendencial superación del modelo de centralización redistributiva propio del Estado Social (o al menos de su fase de apogeo), y su progresiva sustitución por un nuevo modelo de *descentralización plural-asignativa* en el que los mecanismos de intercomunicación sociedad/poderes públicos no se producen ya unificada-mente dentro de la esfera política del sistema: el riesgo inmediato será, naturalmente, el de que este modelo acabe por facilitar el predominio de los grupos o colectivos dominantes, o de los mejor organizados, acentuando o reproduciendo así la desigualdad preexistente.

En este contexto y desde una perspectiva jurídica puede hablarse sintéticamente de dos tipos de respuestas: en primer lugar una respuesta de reforzamiento defensivo de las categorías de los *valores* frente a las amenazas de la nueva realidad; y en segundo lugar, una respuesta de constatación de la crisis relativa de la racionalidad sustantiva y su sustitución por un modelo de racionalidad procesual adecuada al nuevo marco de descentralización plural-asignativa; implicando en este último caso un reconocimiento de los riesgos que este cambio traería consigo, a saber, la reproducción de la lógica del egoísmo colectivo en un marco de competencia entre grupos.

Frente a la limitada proyección jurídica del sujeto individual ante el entramado de los derechos de prestación, el desarrollo histórico real del proceso social en las democracias avanzadas presenta ciertamente sus propias líneas de evolución, que se traducen en general en un fenómeno de incorporación activa de la sociedad organizada sobre la esfera decisional de los poderes públicos: el riesgo de una más fácil reproducción en este marco de las tendencias egoístas características de la puesta en juego de los derechos de prestación de la anterior fase histórica, sólo tiene ahora una respuesta teórica, deducida en gran medida de la experiencia del derecho social: el concepto de la "racionalidad reflexiva" de Gunther Teubner²² entendida como proyección de una conciencia intercomunicativa social capaz de restringir, en la esfera horizontal de la propia sociedad, la reproducción de tales egoísmos colectivos. Una interrogante lógica en este contexto sería pues la de cuál debe ser el título en virtud del cual individuos o grupos pueden legitimar mejor sus pretensiones de incorporación activa en el proceso decisional/asignativo de las esferas institucionales. En ausencia de otro mecanismo predefinido sólo cabe afirmar provisionalmente que sería la esfera de los propios intereses sociales organizados (se presume naturalmente que legítimos) el único soporte activo de pretensiones participativo-codecisionistas de los ciudadanos.

¹² "Substantive and reflexive elements in modern law".

Sería un error entender este modelo desde la tónica y simplificada perspectiva de un participacionismo disperso, incorporable al propio circuito inercial del Estado social a través de los derechos de prestación, en el que posiblemente no se exprese adecuadamente la novedad estructural que el juego de los intereses sociales puede generar en el marco del estado democrático avanzado. La tesis participativa, tal como se formula dispersamente desde sus remotos orígenes rousseauianos hasta las manifestaciones de los movimientos radicales de izquierda desde los años setenta, sólo tiene un sentido primario referido a la fase de *input* de las decisiones públicas: no parece ofrecer en cambio respuestas suficientes a las exigencias de control, racionalidad, colisiones entre intereses contrapuestos, etc., que impone la complejidad de las sociedades contemporáneas.

5.— LA POSICION DEL INTERES EN EL CONTEXTO POSTSOCIAL

Así pues la contraposición entre el ámbito de los derechos y el de los intereses sociales organizados (como marco provisional de definición del estrato correspondiente al contexto postsocial) reproduciría un conjunto de proyecciones dicotómicas que merece la pena resaltar. De un lado las pretensiones transformadoras o intervencionistas propias del Estado social centralizado frente a, de otro, las pretensiones conservacionistas y básicamente reglativas propias de un estado postsocial descentralizado. En el primer ámbito, un proyecto histórico de transformación por los poderes públicos de la realidad existente, frente a un segundo proyecto de mantenimiento y enriquecimiento de pautas y ámbitos vitales adquiridos socialmente. Una estrategia de imposición vertical de pautas de actuación basadas en una legitimación redistributiva, frente a una estrategia de asignación horizontal-participativa basada en la defensa de ámbitos sociales propios, dotados de un marco de referencia reflexivo.

No se trata ciertamente de contraposiciones definidas arbitrariamente: el propio Claus Offe se ha referido en este contexto a la originalidad cualitativa que suponen ciertos tipos de demandas procedentes de nuevos movimientos sociales, en el sentido de su orientación al margen de todo proceso de representación y/o de imputación directa de pretensiones intervencionistas o prestadoras de los poderes públicos, encaminándose más bien hacia un tipo de *demandas de autonomía* que se orientarán a la defensa de un propio ámbito vital o territorial de carácter tanto físico como moral¹³. Y a otro nivel, Philippe Schmitter ha insistido en la emergencia de esferas sociales institucionalizadas que estarían generando un efecto de desmonopolización de la tradicional centralidad normativo-intervencionista del Estado¹⁴.

¹³ En Claus offe, *Contradictions on the Welfare State*, (ed. John Keane). Londres, 1984, Hutchinson.

¹⁴ Philippe C. Shmitter, "Neocorporatismo y Estado", *REIS*, 1985, 31, pp. 47-78.

Estaríamos pues ante un tipo de contraposición que refleja el amplio abanico de complejidades interactivas por las que discurre la evolución del Estado democrático avanzado, con una superposición de estratos capaz de generar un variado potencial de colisión entre distintas esferas de derechos e intereses.

Para la doctrina jurídica, el proceso transformador se traduciría no ya en una crisis de la vieja racionalidad formal del sistema jurídico, sino igualmente en una revisión crítica de las consecuencias que la "materialización" del derecho intervencionista viene suscitando: fundamentalmente las amenazas de *colonización* o politización de valores sociales establecidos por la intervención estatal, debilitamiento de la posición del individuo y los grupos frente a las actuaciones del Estado, y en definitiva afectación de ámbitos vitales establecidos socialmente (Habermas, Teubner).

El tipo de respuesta que mayor originalidad teórica suscita hasta el presente, la hipótesis de la puesta en marcha de una nueva racionalidad reflexiva capaz de orientar formas operativas y socialmente conscientes de coordinación entre esferas sociales autónomas, asegurando su reestructuración horizontal, parece traducirse fundamentalmente en la exigencia de un tipo de derecho procesual, orientado a la regulación de procedimientos, organizaciones o instituciones, y a la distribución de competencias activas entre todo el entramado social. Un tipo de *derecho regulativo* pues, que hasta cierto punto supone una superación o reconducción del tradicional intervencionismo directo de la fase álgida del Estado social intervencionista.

Nuestra interrogante se sitúa precisamente en esta hipótesis: la de cuál podría ser el estrato dogmático capaz de operativizar dinámicamente el horizonte de una racionalidad reflexiva adecuada al contexto de las modernas sociedades complejas: ¿los tradicionales derechos de prestación, proyectados exclusivamente hacia el Estado, y generadores de una compartimentalización vertical, y posiblemente egoísta, de las relaciones entre sociedad y poderes públicos? ¿o podría ser acaso la esfera más informal de los intereses organizados —incluso considerados como una etapa intermedia de evolución— susceptibles de una integración recíproca en el marco de un proceso social complejo y fragmentado?

En el sistema jurídico americano, probablemente más próximo por razones históricas y estructurales a la proyección de las esferas de intereses en forma de "participatory rights", parece ser la cláusula general del *due process* (especialmente a partir de la Sentencia *Citizens to Preserve Overton Park Inc. v. Volpe*) la vía de incorporación genérica de todo tipo de pretensiones sobre la esfera institucional¹⁵. Sin embargo, la figura del *participatory right*, entendida generalmente como vía de imputación hacia el Estado, quizá no sería más que un mecanismo inicial de avance en un contexto procesualista abierto, aunque provisionalmente sin capacidad directa para cubrir las pretensiones de autodefensa de espacios o ámbitos sociales más o menos institucionalizados.

¹⁵ Cfr. G. Mashaw, *Bureaucratic Justice*, New Haven, 1986, Yale UP.

En la tradición del Derecho público europeo, y en la propia jurisprudencia constitucional española, los criterios de defensa de espacios sociovitales o institucionales tutelados, en supuestos de colisión entre derechos, suelen formalizarse en la categoría de la *garantía institucional*, a veces simplificada en la expresión "sentido institucional": en su concepción formal la garantía institucional en sentido estricto se traduciría en una indisponibilidad para el legislador respecto de espacios institucionales definidos constitucionalmente.

Si ensayamos una proyección material, en un intento de otorgarle una mayor dimensión teórica, podría reinterpretarse el concepto de garantía institucional en el sentido de una tutela a favor del mantenimiento de pautas de vida social o comunitaria, dotadas de cierta capacidad de autoorganización, que no deben ser afectadas ni por la actuación del legislador, o en general de los poderes públicos, ni por la actuación de terceros titulares de derechos.

Ciertamente hasta ahora las esferas de imputación de la garantía institucional en nuestra jurisprudencia parecen situarse fundamentalmente en la órbita de instituciones públicas que colisionan entre sí: STC 32/81 sobre diputaciones catalanas frente al legislador autonómico; o STC 26/87 sobre la Ley de Reforma Universitaria, autonomía de la Universidad frente al legislador estatal. En cambio en la STC 45/89, el ámbito institucional se sitúa en torno a la familia, como unidad social natural, a propósito del tratamiento diferenciado que suponía la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A lo que cabría añadir la más amplia jurisprudencia sobre la libertad de expresión y su colisión frente al derecho al honor o la intimidad, donde la esfera de autonomía garantizada es la del proceso de formación de una propia opinión pública libre.

Así pues, sistematizando los diferentes ámbitos de imputación de la garantía institucional, podríamos establecer una clasificación provisional distinguiendo tres posibilidades diferenciadas:

(1) En primer lugar a un ámbito institucional de Derecho público en su más tradicional sentido (Diputaciones, Ayuntamientos, Universidad, etc.) asegurando el mantenimiento de esferas de autonomía frente al legislador, es decir, frente a la propia esfera política.

(2) En segundo lugar, la garantía institucional, o el "sentido" institucional, se aplicaría igualmente a espacios de vida social organizada, conformados natural o históricamente (paradigmáticamente, la familia), asegurando una tutela no sólo frente al legislador, sino potencialmente frente a cualquier tipo de interferencias desde los poderes públicos.

(3) Finalmente aparecería la figura de la garantía institucional aplicada a la esfera de la libertad de expresión: en este caso la esfera de imputación se remite a un ámbito social relativamente abierto, asegurando una dimensión *procesual*, la de la formación de una opinión pública libre, lógicamente en un marco plural (con coincidencias globales en general entre la jurisprudencia constitucional alemana, italiana y española): y no sólo frente a la interferencia de poderes públicos, sino igualmente frente a derechos de terceros, e incluso frente a las propias restricciones que el sistema existente de la comunicación pueda establecer contra los propios titulares de la libertad de expresión (lo que acentúa su dimensión procesual en un sentido abierto).

Nos interesa lógicamente destacar la indiscutible proyección procesualista, plural y abierta, de esta última categorización, que más que afectar a ámbitos sustantivos socialmente definidos y/o espacialmente delimitables, se situaría en un espacio dinámico intercomunicativo y abierto, fundamental para la existencia del Estado democrático: la libre transmisión de ideas, noticias y opiniones.

En la justificación de esta posición predominante de la libertad de expresión, la doctrina constitucional utiliza sin embargo un argumento de referencia que remite a una dimensión en último término claramente estatal: la opinión pública libre no sería un valor tutelable por sí mismo, sino en razón de su posición instrumental al servicio del proceso de la representación política, a partir del cual se constituye el Estado democrático. Un simple desplazamiento de esta dimensión formal/estatal en un sentido material/social, permitiría resituarse el sentido institucional —en este caso de la libertad de expresión— desde su actual imputación hacia el *Estado democrático* hasta una proyección en el ámbito de la *sociedad democrática*.

Seguindo esta línea argumental, el proceso de la representación de intereses podría entonces interpretarse igualmente desde una dimensión institucional, que tutelaría el proceso mismo de formación y reproducción de los mecanismos de asignación de una sociedad democrática. En definitiva, las exigencias históricas de apertura intercomunicativa entre sociedad y poderes públicos en el contexto de los Estados democráticos avanzados, estarían redimensionando la posición de los intereses sociales como esferas de proyección y autodefensa de la personalidad humana socialmente organizada: y en consecuencia como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la propia comunidad. La dimensión procesual de la garantía institucional de la opinión pública libre sería un extraordinario precedente, interpolable a la formación de un proceso social y político libre, en el que sujetos públicos y privados, organizaciones e instituciones, se verían igualmente comprometidas dentro de ese horizonte de *racionalidad reflexiva* que debería encauzar el desarrollo del derecho regulativo propio del Estado social avanzado.

Haciendo pues una rápida recopilación podemos considerar que la lógica generacional, aplicada a la comprensión del proceso evolutivo de los derechos fundamentales (y en su caso de los intereses), sugiere ciertamente una variedad de pautas de encuadramiento de la posición del individuo frente al universo social en el que se encuentra inmerso: en su estrato originario liberal, los derechos se sitúan en la esfera de la *libertad* (considerada como una proyección *negativa* frente al Estado) adoptando a su vez una dimensión individual, susceptible por tanto de su más amplia generalización; con el desarrollo del contexto social contemporáneo propio del Estado social parece ser la categoría de la *igualdad*, imputada *positivamente* frente al Estado, el elemento motor de los derechos, a través de una proyección competitiva sobre la esfera intervencionista del Estado, operando con un efecto fragmentador en la esfera de las distintas políticas públicas.

Es posible pues en la órbita de una posible nueva generación de derechos o intereses aparezca como elemento motor subyacente la lógica de la solidaridad, de la cooperación o de la fraternidad (pues éste es, en definitiva, el

criterio de orientación del concepto de la *racionalidad reflexiva* manejado por Teubner). La única interrogante sería la se si frente a la proyección unipolarizada hacia el Estado de los estratos históricos de las anteriores generaciones de derechos (tanto negativa —contexto liberal— como positivamente —contexto social—), la dimensión de la tercera generación en el universo postsocial no implicaría una alternativa diferenciada frente a la tradicional comprensión de los derechos como pretensiones fundamentales de los ciudadanos frente al Estado, exigiendo más bien una configuración como elementos esenciales de una ordenación objetiva y dinámica de la comunidad o sociedad organizada. El ejemplo de la evolución seguida con la libertad de expresión nos resulta esencialmente paradigmático: por una parte, su dimensión institucional se proyecta en una fase preestatal (la formación de la opinión pública basada en un proceso de intercomunicación libre), por otra su potencial de colisión no se imputa predominantemente frente al Estado —salvo en casos de regímenes no democráticos— sino frente a los derechos (honor, intimidad, etc.) de terceros.

Dimensión procesual, proyección no polarizada frente al Estado, y adecuación a un marco competitivo horizontal necesitado de una racionalidad reflexiva o solidaria, serían pues algunas de las características originales del concepto de *tercera generación*. Su ubicación inicial en el campo de los intereses permitiría acaso sugerir una secuencia similar a los procesos históricos de los estratos generacionales anteriores: y acaso la única duda razonable sería la de si es el proceso de uniformación hacia arriba de tales intereses, o de elevación a la categoría de auténticos derechos fundamentales imputados frente al Estado, la verdadera exigencia histórica para su efectiva implementación: o si más bien, aunque tal uniformación hacia arriba concebida como proyección hacia el Estado constituya una inercia doctrinal explicable, la nueva posición autónoma, autorreferencial de los mismos, no requiere otro tipo de respuestas que aseguren su articulación inmanente en la órbita de la propia sociedad democrática organizada.

III. DOCUMENTACION

