

LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE GREGORIO PECES-BARBA: UNA MIRADA DESDE FRANCIA

GREGORIO PECES-BARBA'S GENERAL THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A FRENCH PERSPECTIVE

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS
Universidad de Paris-Nanterre

Fecha de recepción: 7-1-23

Fecha de aceptación: 10-3-23

Resumen: *La Teoría general de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba no tiene mucha resonancia en Francia. Este artículo trata de explicarlo. Una primera razón parece residir en el hecho que su proposición teórica no corresponde ni a las preocupaciones de la dogmática jurídica que centra su trabajo esencialmente en el estudio técnico del derecho positivo, ni a las preocupaciones de los teóricos o filósofos del derecho franceses que, de todos modos, no son numerosos. Una segunda razón puede ser que el concepto de "derechos fundamentales" construido y defendido por Peces-Barba es bastante diferente del que finalmente se ha extendido en Francia y que, en cualquier caso, no es objeto de una teorización significativa, ni de una comprensión unificada.*

Abstract: *Gregorio Peces-Barba's general theory of fundamental rights does not have a lot of resonance in France. This article try to explain it. A first reason is lie to the fact that his theoretical proposition is far to the concerns, on the one hand, of legal dogmatics, which essentially focuses its work on the technical study of law, and, on the other hand, of the few French legal theorists or philosophers. A second reason may be that the concept of "fundamental rights" constructed and defended by Peces-Barba is quite different from the one that has finally widespread in France and that, anyway, it is not object of a significant theorisation, nor of a unified understanding.*

Palabras clave: derechos fundamentales, libertades públicas, positivismo, Teoría del Derecho

Keywords: fundamental rights, public liberties, positivism, Theory of Law

Iniciaría esta ponencia muy directamente: Gregorio Peces-Barba tenía un mejor conocimiento del Derecho, de los filósofos y de los juristas franceses, que al revés. Los principales pensadores y concedores en Francia de la obra del maestro español siguen siendo hoy Michel Troper y André-Jean Arnaud. Esto último estuvo en el origen de la publicación de la traducción de la *Teoría general de los derechos fundamentales* en la colección *Droit et société*¹, traducción que, de manera muy sintomática, fue realizada por un investigador que no trabajaba en Francia sino en España y después en Brasil, y prologada por Sami Naïr, tanto (si no más) en su calidad de diputado al Parlamento Europeo que de profesor de ciencias políticas. Además, esta *Teoría general de los derechos fundamentales* no ha dado lugar a mucho debate en Francia. Las referencias a la obra, sin ser nulas, han quedado muy limitadas². Me gustaría intentar identificar algunas de las razones de esta recepción acotada, más allá del hecho de que pocos juristas franceses entienden el español.

Para comprender la falta de encuentro significativo entre la *Teoría general de los derechos fundamentales* de Gregorio Peces-Barba y los juristas franceses, trataré de poner en relieve algunas discrepancias del pensamiento del maestro español con las mayores preocupaciones de los autores franceses de su época, ya sean especialistas de los derechos fundamentales o la teoría del Derecho. De hecho, esta discrepancia fue bien integrada por el propio Peces-Barba. Los pequeños pasajes en los que éste último cita a los juristas franceses contemporáneos tienen en efecto por objeto justificar la diferencia de su enfoque respecto a ellos. Peces-Barba tiene como objetivo más particularmente subrayar el anclaje de los autores franceses tanto en una filosofía liberal como en un marco positivista (en el sentido técnico o dogmático), lo que simbolizaría, para él, su adhesión a la terminología “libertades públicas”³.

Aunque esta crítica que Peces-Barba dirige a los autores franceses no me convence en todas sus dimensiones, porque está, en mi opinión, un poco amplificada por la preocupación de justificar la validez de sus propias opciones teóricas y terminológicas, el autor tiene el mérito de destacar en pocas lín-

¹ Traducción francesa, G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, trad. Antonio Pelé, citada en adelante como TGDF.

² Permítaseme citar mi comentario de “G. Peces-Barba, *Théorie générale des droits fondamentaux*”, *Droit et Société*, núm. 58, pp. 757-759.

³ Ver en particular en el capítulo I de la TGDF sobre las terminologías, pp. 28-30 y el capítulo XVII, pp. 400-401.

eas los elementos básicos que caracterizan la dogmática francesa de la época. Discutiendo los criterios de clasificación de los derechos y libertades utilizados por los autores franceses (están citados Jean Rivero, Charles Albert Colliard), Peces-Barba los considera en efecto como “insuficientes” en la medida en que no explicarían “ni la amplitud ni la complejidad de las diferentes facetas y dimensiones de los derechos”. Serían “demasiado dependientes del Derecho constitucional francés”, excluyendo “los derechos democráticos (...), los derechos económicos y sociales y los nuevos derechos (como la objeción de conciencia, la protección del medio ambiente, etc.)”. Para Peces-Barba, los académicos franceses “limitan su enfoque a una visión clásica de las libertades, tal como las concibe el derecho positivo francés”⁴.

Para entender, en la medida de lo posible, estas discrepancias entre la teoría propuesta por Peces-Barba y los juristas franceses, mostraremos, en primer lugar, que su propuesta teórica tiene un público muy limitado en Francia. La razón reside en que no corresponde ni a las preocupaciones de los juristas dogmáticos que centran su trabajo esencialmente en el estudio técnico del Derecho positivo, ni a las preocupaciones de los teóricos o filósofos del Derecho que, en cualquier caso, son pocos en Francia (1). En segundo lugar, volveré a las cuestiones terminológico-conceptuales para poner de relieve, por un lado, algunas aproximaciones de la presentación que hace Peces-Barba de la concepción de las libertades públicas en Francia y, por otro lado, que los juristas franceses no se han quedado apegados a la terminología de las libertades públicas. Diversas referencias a “los derechos y libertades fundamentales” se han extendido también en Francia. Sin embargo, estas referencias y las razones para elegir las son bien diferentes de aquellas planteadas por Peces-Barba, lo que aparece como un factor adicional para entender la falta de impacto de su *Teoría general de los derechos fundamentales* en Francia (2).

⁴ G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 401.

1. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA FALTA DE COINCIDENCIA CON LAS PREOCUPACIONES TEÓRICAS DE LOS JURISTAS FRANCESES O LOS REVESES DE LA LUCHA CONTRA EL DOBLE REDUCCIONISMO

1.1. El interés mínimo de los juristas franceses por la teoría

En el país de la Declaración de los derechos humanos, los juristas franceses han escritos innumerables artículos y libros sobre los derechos y las libertades. Sin embargo, los enfoques teóricos, sin estar ausentes⁵, aparecen después de la Segunda Guerra Mundial con menor extensión en Francia que en otros países. La atención de los juristas franceses se ha concentrado más progresivamente estos últimos años en la evolución de los aspectos contenciosos, ya sean administrativos, judiciales, luego constitucionales y europeos. El resultado es que los jueces ya no son concebidos como “la boca de la ley” sino se han convertido en una “boca del Derecho”, lo que es bien diferente. Significa que el Derecho es lo que dicen los jueces y que, para conocerlo, se tiene que estudiar lo que estos últimos deciden. Hacer un trabajo de jurista consiste entonces, para una gran parte de académicos franceses, en una obra básica de dogmática jurídica aplicada a las decisiones jurisdiccionales. Consiste, más precisamente, en comentar y racionalizar estas decisiones y, de manera a menudo muy imbricada, en justificar o criticarlas. Este trabajo se desarrolla sobre la base de diferentes juicios de valor raramente sostenidos en Francia por teorías morales o de la justicia construidas, mucho menos, *a fortiori*, explicitadas, tal como pueden hacerlo Peces-Barba en los capítulos VII a XI de su *Teoría General*, u otros grandes teóricos del Derecho de la segunda mitad del siglo XX tal como Dworkin, Alexy, Ferrajoli o Raz... (sin perjuicio de lo que se puede pensar de sus compromisos axiológicos respectivos). Para ilustrarlo, si encontramos en la dogmática francesa una aproximación de la dignidad humana como principio “matricial”⁶, cercana

⁵ Ver por ejemplo con compromisos teóricos muy diferentes, E. PICARD, “L’émergence des droits fondamentaux en France”, *AJDA*, 1998, núm. especial, pp. 5-24; O. PFERSMANN, “Esquisse d’une théorie des droits fondamentaux”, en L. FAVOREU et al (dir.), *Droit des libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 91-104; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2008; C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2010.

⁶ B. MATHIEU, “Pour une reconnaissance de ‘principes matriciels’ en matière de protection constitutionnelle des droits de l’homme”, *D.* 1995, chron. p. 211.

a la presentación que propone Peces-Barba⁷, esta aproximación no está tan fundamentada por una teoría moral general explícita como por una cierta lectura de las decisiones del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado de la época, respectivamente relativas al control de una ley sobre la bioética⁸ y al famoso caso de lanzamiento de enanos⁹. En este sentido Peces-Barba tiene razón cuando afirma que los juristas franceses contemporáneos “*son demasiado dependientes del Derecho constitucional francés*” (*supra*). Se podría incluso ampliar: están demasiado dependientes del Derecho positivo y de lo que deciden los jueces.

Al final, este movimiento ha reducido a una parte dominante de los juristas franceses contemporáneos a buenos técnicos. Esta reducción ha provocado correlativa y progresivamente la marginalización de los franceses en muchos foros académicos, intelectuales, internacionales o mediáticos. Esta situación ha generado recientemente una reacción de orgullo¹⁰, sobre todo por parte de juristas internacionalistas, disciplina en la cual los franceses tienen una larga tradición de presencia y excelencia a nivel internacional. Se traduce, para algunos, en un deseo de ponerse al día con los debates jurídicos internacionales y en la intención de abrirse a otras ciencias sociales y humanas que, en Francia como fuera, han sido el lugar de importantes debates sobre los derechos humanos y la democracia en las últimas décadas¹¹.

1.2. Las manifestaciones del doble reduccionismo en Francia

Del mismo modo que la *Teoría general de los derechos fundamentales* de Gregorio Peces-Barba no ha llamado la atención de la gran mayoría de los juristas encerrados en la técnica y la dogmática del Derecho, tampoco ha lla-

⁷ G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., pp. 187 y s.

⁸ Sentencia n° 94-345 DC, 29 de julio de 1994.

⁹ CE, 27 de octubre de 1995, *Commune de Morsang sur Orge et Ville d'Aix en Provence*, RFDA, 1995, p. 1204, conc. P. Frydman; AJDA 1995, p. 878.

¹⁰ Ver en este sentido, E. DUBOUT, S. TOUZÉ, “Les critiques des droits de l’homme et le droit”, en E. DUBOUT, S. TOUZÉ (ed.), *Refonder les droits de l’Homme*, Editions Pedone, Paris, 2019.

¹¹ Ver por ejemplo, M. GAUCHET, “Les droits de l’homme ne sont pas une politique”, *Le Débat*, núm. 3, 1980, p. 21; *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 2002; P. MANENT, *La loi naturelle et les droits de l’homme: Essai de philosophie pratique*, PUF, Paris, 2018. Ver también, V. ZUBER, *Le culte des droits de l’homme*, Gallimard, Paris, 2014; J. LACROIX, J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l’homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Seuil, Paris, 2017.

mado mucho la atención del pequeño grupo de juristas franceses que se interesan por la filosofía y la teoría del Derecho. Respecto a este punto, Peces-Barba nos parece víctima de su distancia respecto a lo que llama el doble reduccionismo, es decir, el reduccionismo iusnaturalista y el reduccionismo positivista¹². Pocos académicos franceses escapan a uno u otro y se puede entender que son raros los que se preocupan de una obra que no corresponde a su modo de pensamiento. Sin embargo, leyendo atentamente a los autores franceses más significativos, nos llama la atención que tanto los iusnaturalistas contemporáneos como los positivistas tienen algunos puntos de encuentro con la teoría de Peces-Barba.

1.2.1. *Derechos fundamentales y expresión contemporánea del iusnaturalismo en Francia*

Del lado del reduccionismo iusnaturalista que consiste en pensar, en breve, que la existencia de los derechos fundamentales no depende de su reconocimiento por el Estado ni tampoco de su integración en el Derecho positivo, sino de su carácter de Derecho natural, moral o de su inherencia al ser humano, tenemos que distinguir al menos dos grandes tipos de posturas por parte de los juristas franceses contemporáneos.

El primer tipo es el iusnaturalismo aristotélico-tomista de Michel Villey que, como demuestra bien Peces-Barba¹³, se presenta más como una negación que una reducción de los derechos humanos. El conservadurismo de Villey le conduce en efecto a entender los derechos humanos más como una decadencia de la humanidad que como un progreso o “una ganancia sustancial”¹⁴. Para ilustrarlo, Gregorio Peces-Barba cita varios pasajes del tomo 1 de la *Filosofía del Derecho* de Villey, confirmados y desarrollados en otro libro enteramente crítico con respecto a los derechos humanos: *Le droit et les droits de l’homme*¹⁵. Aunque Michel Villey admite que “la unidad de la naturaleza del hombre y su eminencia han sido reconocidas desde los primeros tiempos”, considera que “los derechos humanos son muy diferentes”¹⁶ de esta perspectiva. Según Villey, los derechos humanos no entran en la continuidad del pensamiento sobre la “unidad de la naturaleza

¹² G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, capítulo 2, pp. 49 y ss.

¹³ G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 43 y pp. 70-72.

¹⁴ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l’homme*, PUF, Paris, 1983, p. 103.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l’homme*, cit., p. 16.

del hombre”¹⁷ desde el pensamiento aristotélico. Por el contrario, serían la expresión culminante de la pérdida, por un lado, de los conceptos de Derecho y Derecho natural y, por otro lado, de la ciencia jurídica. Como se sabe, Gregorio Peces-Barba rechaza tal concepción por su anti-historicidad, es decir, por su denegación de confrontación con la evolución política y jurídica de su tiempo.

Una segunda variante francesa del iusnaturalismo contemporáneo que se expresa en el enfoque de los derechos fundamentales, viene de autores también muy cercanos al catolicismo tales como Michel Levinet o, de manera más discreta, Etienne Picard¹⁸. Respecto a la presentación que Peces-Barba hace del reduccionismo iusnaturalista se puede considerar que el reduccionismo de ambos autores es relativo en la medida en que el Derecho positivo no aparece subalterno para la existencia y la garantía de los derechos fundamentales. Estos autores son, por cierto, muy buenos concededores del Derecho positivo, cuyo estudio nunca se aleja de sus desarrollos axiológicos. En el caso de Levinet, el iusnaturalismo católico se manifiesta, de manera muy clásica, en su análisis de los fundamentos de los derechos y en su evaluación de los derechos procreativos, relativos al fin de la vida o respecto a las personas vulnerables¹⁹. Se puede notar que a diferencia de Villey que rechazaba la tesis según la cual los derechos humanos son “una conquista debida al cristianismo”²⁰ al asociarlos con la emergencia de la filosofía liberal a partir del siglo XVII, Levinet, al igual que otros autores más o menos impregnados por una educación cristiana, concibe el advenimiento del cristianismo como una etapa importante, si no como la etapa mayor, en la expresión de la dignidad de la persona, dignidad pensada como el fundamento axiológico e histórico de los derechos humanos. En el caso de Picard, aunque su teoría moral no está muy explicitada y, de lo que se puede conocer, se destaca de la ideología socialista reivindicada por Peces-Barba, el interés de este autor es presentar una estructura de pensamiento de los derechos fundamentales que presenta similitudes con el maestro español. Se manifiesta en particular en la convicción de que los derechos fundamentales expresan valores que no se agotan

¹⁷ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, cit., p. 104.

¹⁸ E. PICARD, “L'émergence des droits fondamentaux en France”, cit., p. 37; Ver también M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, Paris, 2018.

¹⁹ V. M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

²⁰ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, cit., p. 22; ver también, pp. 15-16.

en el Derecho positivo, sin negar, sin embargo, dialécticamente, el papel de este último en el proceso de fundamentalización de los derechos²¹.

1.2.2. *Derechos fundamentales y teorías positivistas*

1.2.2.1. Raíz del problema

Respecto al reduccionismo de los teóricos positivistas, lo más cómodo es partir del caso de Michel Troper. De hecho, con la excepción de su obra sobre la historia constitucional en la época revolucionaria, pocas son las publicaciones de Michel Troper respecto a los derechos fundamentales. En un estudio bastante tardío publicado en 2007, Michel Troper explica muy bien algunas razones de las relaciones difíciles, incluso conflictivas entre el positivismo –entendiéndose en este contexto “positivismo teórico” en el sentido de Bobbio²²–, y los derechos humanos. Michel Troper pone en relieve que si “la expresión ‘derechos humanos’ designa derechos que el ser humano tendría y ejercería independientemente del Estado, (...) entonces, desde el estricto punto de vista positivista, el problema es (...) rápidamente resuelto: no hay derechos humanos”²³. Añade también que el positivismo, como teoría general del Derecho, durante mucho tiempo se ha interesado más por la estructura del Derecho y del razonamiento jurídico que por el contenido y los valores que expresan las normas de los sistemas jurídicos. Observa entonces que tal “indiferencia de los positivistas es a veces percibida como una verdadera hostilidad hacia los derechos humanos”²⁴.

1.2.2.2. Tentativas de superación

La indiferencia respecto a los derechos humanos o fundamentales no es sin embargo necesariamente un signo de hostilidad. Puede resultar de una ausencia de prioridad en la agenda de los programas científicos o poner en relieve una falta de interés intelectual personal. No es en consecuencia insuperable. En este sentido se pueden encontrar en Francia por lo menos dos tentativas positivistas recientes de teorización de los derechos fundamentales: una de tendencia normativista; y otra de tendencia analítica.

²¹ E. PICARD, “L’émergence des droits fondamentaux en France”, cit., p. 37.

²² N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, rééd. 1972, p. 146.

²³ M. TROPER, “Le positivisme et les droits de l’Homme” en B. BINOCHE ET J.-P. CLÉRO (dir.), *Bentham contre les droits de l’Homme*, PUF, Paris, 2007, p. 233 (traducción personal).

²⁴ *Ibid.*, p. 232 (traducción personal).

Propuesta normativista. La propuesta normativista se encuentra en escritos de Otto Pfersmann. Tratando de “construir un concepto de derechos fundamentales como objeto exclusivamente jurídico”, el autor invita a considerar “que un sistema jurídico” incluye los derechos fundamentales si y sólo si se cumplen cuatro condiciones: 1) “la existencia de permisos en beneficio de todas las personas”; 2) la ilicitud de cualquier norma que suprima estos permisos o “los limite más allá de un cierto mínimo determinado por la comprensión habitual del concepto del comportamiento en cuestión”; 3) la “existencia de un órgano de control judicial habilitado para anular” las normas ilícitas o para “impedir que los actos con tal significado se conviertan en normas del sistema”; 4) la existencia de órganos habilitados “para acudir al órgano de control judicial en caso de violación”²⁵.

Por un lado, una concreta definición de los derechos fundamentales ilustra muy bien lo que Peces-Barba nombra el “reduccionismo positivista”. Y se entiende también que, desde su punto de vista, el positivismo presenta una visión parcial de los derechos fundamentales, ciega a su “dimensión ética” y a su carácter de “exigencias morales justificadas”²⁶. Limitándose a pensar los derechos en su calidad de norma formal, el positivismo normativista rechaza, situándolo fuera del campo de los análisis jurídicos, el problema de los fundamentos de los derechos fundamentales, problema que se agota en la enunciación de los derechos en las normas supremas de los ordenamientos jurídicos. Ahora bien, para Peces-Barba, se perdería entonces aquí “de vista la razón de ser” de “las técnicas jurídicas”²⁷.

Sin embargo, por otro lado, si estas críticas parecen pertinentes desde un punto de vista externo a la forma cerrada del normativismo que defiende Pfersmann, la propuesta de este último presenta, desde un punto de vista interno a su teoría y a sus elecciones epistemológicas, una fuerte coherencia. Asume Pfersmann la dimensión cerrada de su aproximación al Derecho y a la ciencia del Derecho y, por este motivo, considera que lo que deriva de otras ciencias sociales, de una filosofía moral o de la justicia está fuera de su delimitación del objeto de la ciencia. Desde un punto de vista epistemológico, estamos frente a una situación bastante clásica en la cual lo que se pierde en extensión de explicación se gana en coherencia interna. No existen meta-

²⁵ O. PFERSMANN, “Esquisse d’une théorie des droits fondamentaux”, cit., pp. 91-104 (traducción personal).

²⁶ G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 49.

²⁷ Idem, p. 52.

criterios ciertos para determinar definitivamente la mejor postura entre las dos opciones: sólo se puede evaluar el que parece más adecuado o fecundo en función del objeto científico elegido o de la finalidad del estudio.

Propuesta analítica. Se encuentra también en Francia una variante analítica del positivismo para estudiar los derechos fundamentales. Esta se ubica en la prolongación de los estudios de Norberto Bobbio²⁸ (incluso si él estudiaba los derechos humanos más en una perspectiva de teoría política que de teoría general del Derecho) y de algunos escritos de Riccardo Guastini²⁹. Es mi propia propuesta teórica³⁰ y, en consecuencia, no quisiera insistir en ella. Precisaré sin embargo dos puntos que entran en discusión con la *Teoría general* de Peces-Barba.

Primero, en cuanto al programa de investigación, los enunciados jurídicos que expresan derechos fundamentales se aprehenden en calidad de proposiciones lingüísticas y se analizan entonces esencialmente con el aparato metodológico empleado habitualmente por la teoría analítica del Derecho: distinción de los significados posibles o conferidos a los enunciados jurídicos que formulan derechos fundamentales, clasificación, descomposición lógica de estas proposiciones y de los razonamientos jurídicos que los movilizan, estudios de las funciones intra-sistémicas de los derechos fundamentales (norma de cierre argumentativa, de justificación de una competencia...). De este modo, una teoría analítica de los derechos fundamentales trata de cubrir un punto ciego entre: en primer lugar, los estudios de otras ciencias sociales que dejan de lado las cuestiones consideradas como formales e internas a los ordenamientos jurídicos; en segundo lugar, los estudios de la dogmática jurídica centrados en el análisis material y en las técnicas del Derecho positivo; en tercer lugar, las teorías prescriptivas y evaluativas de la justicia; y en cuarto lugar, los estudios de las teorías positivistas generales del Derecho que se concentran en las dimensiones formales y estructurales de los ordenamientos jurídicos, aproximándose al tema de los derechos y las libertades sólo de manera incidental.

Segundo, este programa permite responder a una crítica que Peces-Barba dirige al reduccionismo positivista, manteniendo sin embargo una distancia con la dimensión programática y cognitivamente comprometida de su teoría de los valores. Hace en efecto posible una aproximación analítica de los va-

²⁸ Ver en particular N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997.

²⁹ R. GUASTINI, "'Diritti'", *Analisi e diritto*, 1994, p. 163.

³⁰ Ver V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés*, Dalloz, Paris, collection "A droit ouvert", 2019.

lores expresados por los derechos fundamentales, a la manera de la sociología pragmática francesa contemporánea que ha desarrollado análisis de tipo descriptivo y explicativo de las expresiones de los valores en los discursos públicos y en la vida ordinaria³¹. En breve, el programa es poner en relieve la pluralidad de las formas de justificación, y de los juicios de valores que las fundan, en los discursos de diversos actores en situación de decidir, actuar o evaluar, sin emitir (o tratándolo en la medida del posible) juicios de valor en los metadiscursos que analizan. En el campo jurídico, este enfoque fue desarrollado, por ejemplo, sobre los usos plurales y a veces contradictorios de los principios de dignidad o de laicidad³². Tenemos que conceder, no obstante, que estando todo esfuerzo científico situado y sujeto a diversos sesgos individuales y sociales, que algunas deconstrucciones analíticas propuestas son a veces motivadas por la adhesión a valores opuestos a los discursos analizados. En una tradición foucaultiana, pueden presentarse como discursos de desvelamiento de finalidades políticas o ideológicas que serían en parte ocultadas. Es el caso, en particular, de varios estudios sobre los principios de dignidad y laicidad, en los que los autores desglosan ciertos usos paternalistas sobre la base más o menos explícita de sus propias escalas de valor que acuerdan una primacía a la libertad individual o personal³³.

2. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DE UNA FALTA DE COINCIDENCIA TERMINOLÓGICA A UNA FALTA DE ENCUENTRO CONCEPTUAL

2.1. Una comprensión sesgada de los términos y del concepto de “libertades públicas”

A pesar de que la breve reconstrucción histórica del concepto de libertades públicas propuesta por Peces-Barba sea en una parte importante muy

³¹ L. BOLTANSKI, L. THÉVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991; N. HEINICH, *Des valeurs. Une approche sociologique*, Gallimard, Paris, 2017; “Pour en finir avec les approches normatives des valeurs”, *Revue du MAUSS*, 2018/1, núm. 51, pp. 177-184.

³² C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Paris, 2005.

³³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ, Paris, coll. Exégèses, 2014; P. CASSIA, *Dignité(s)*, Dalloz, Paris, coll. Les sens du droit, 2016; O. CAYLA, “Dignité humaine: le plus flou des concepts”, *Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14.

pertinente y esclarecedora³⁴, parece que algunas conclusiones están algo sesgadas por la voluntad de justificar los méritos de su preferencia por el universo terminológico-conceptual de los derechos fundamentales. Peces-Barba utiliza en efecto el argumento de la concepción estrecha de las libertades públicas que se encuentra en la obra de algunos autores franceses concretos – aunque hayan dejado su nombre en la historia de la disciplina– para presentar la categoría de libertades públicas como, por un lado, demasiado cerrada y, por otro lado, demasiado arraigada en una ideología liberal... Concluye que si “una decisión lingüística permite, en teoría, matizar una extensión del concepto de libertades públicas a aquellos derechos propios del Estado social, en la medida en que se parte de algún rechazo al sustancialismo lingüístico, sin embargo, (...), esta decisión de laboratorio no puede liberarse completamente de lo que el término “libertades públicas” implica para la cultura jurídica moderna. Volcar toda una tradición e inercia cultural reflejada lingüísticamente en un término es un coste excesivo”³⁵.

Se puede no obstante a la vez matizar y profundizar tal conclusión. No para justificar que referirse a las “libertades públicas” sería mejor que a los “derechos fundamentales”, en la medida que, como Peces-Barba, pienso básicamente que la elección de los términos es convencional y depende del objeto y finalidad de la investigación, sino para poner de relieve visiones y posiciones más complejas del concepto de libertades públicas en Francia y, en consecuencia, de sus relaciones con el concepto de derechos fundamentales.

Sin que sea necesario aquí reconstruir la historia completa de la expresión “libertades públicas” antes de la Tercera República francesa, recordaría que la noción de libertades públicas surgió a mitad del siglo XIX en un contexto intelectual que combinaba ideal republicano y filosofía liberal. Mas precisamente, la afirmación de las libertades públicas se ha concretado jurídicamente en una época de conquista de garantías del administrado frente a la administración y en una visión liberal de la función del Derecho administrativo. Varias de las libertades en cuestión (libertad de asociación, de reunión, de enseñanza, de prensa, etc.) fueron también calificadas a finales del Segundo Imperio como “libertades sociales”, en el sentido de que tenían “en común no ser libertades individuales que encuentran su realiza-

³⁴ G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., pp. 28-30.

³⁵ G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 30.

ción en un contexto privado”, sino que “se realizan (...) de manera colectiva o social”³⁶.

A pesar de esto, como señala justamente Peces-Barba, fue el carácter liberal de las referencias a las libertades públicas el que algunos académicos mayores de la época subrayaron. Llevó en particular a Léon Duguit a considerar que la expresión se utilizaba al principio de la Tercera República de forma demasiado restrictiva, en que los autores se referirían a derechos o libertades cuya garantía consiste esencialmente en la abstención de la acción pública. Este fondo liberal no era sin embargo una fatalidad para el decano de Burdeos³⁷.

La ambivalencia que caracteriza la emergencia y la institucionalización del concepto de libertades públicas en el vocabulario jurídico francés nunca ha cesado. La doctrina posterior a la Segunda Guerra Mundial ha retomado en gran medida el criterio de las formas de las obligaciones del Estado para distinguir las libertades públicas de otras categorías de derechos y libertades³⁸. Esto es lo que retuvo Peces-Barba como otros autores españoles³⁹, mientras que algunos autores franceses pretendían progresivamente superar el efecto excluyente de este criterio para incluir en el campo de las libertades públicas los derechos y libertades con objeto social⁴⁰.

Al final, la característica más consensual que caracteriza las libertades públicas en Francia sigue siendo su relación privilegiada con la ley y, más generalmente, su vínculo con el Derecho positivo. Para decirlo de manera prosaica, las libertades públicas son derechos humanos que se han integrado en el Derecho positivo por medio de la ley. Refleja en este sentido una concepción legicentrista de la protección de los derechos y libertades. Otorga al juez administrativo un papel central para concretarla frente a la administración al final de un procedimiento contencioso; dicho objetivo –el recurso

³⁶ Vid. F. SAINT-BONNET, “Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les ‘libertés sociales’ comme dépassement de l’alternative entre libertés individuelles et libertés politiques”, *Jus Politicum*, núm. 5, 2010 [on line].

³⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 5, Les libertés publiques, 2^{ème} éd., E. de Boccard, Paris, 1926, p. 2.

³⁸ Ver por ejemplo, G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, LGDJ, Paris, 1970; J. RIVERO, *Libertés publiques*, Paris, Thémis, 1974, p. 25; C.-A. COLLIARD. *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1972.

³⁹ TGDF, pp. 29-30; E. ALVAREZ CONDE, V. GARRIDO MAYOL, R. TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 22.

⁴⁰ Ver P. BRAUD, *La notion de liberté publique en France*, Paris, LGDJ, 1968 y las evoluciones de J. RIVERO, *Libertés publiques*, Thémis, Paris, 5^{ème} édition, 1987.

de abuso de poder- está concebido para restablecer la legalidad en el orden jurídico más que para reparar perjuicios individuales. En consecuencia, las libertades públicas se analizan en Francia como derechos públicos objetivos que se diferencian entonces del concepto concurrente alemán de la época de derechos públicos subjetivos heredado de la teoría de Jellinek y que se encuentra en el fundamento del concepto de derechos fundamentales.

Tenemos además que recordar que el concepto de libertades públicas se difundió en Francia durante la Tercera República, en una época en la que, por una parte, las leyes constitucionales guardaban silencio sobre los derechos y las libertades y, por otra parte, el legislador, aunque había adoptado leyes “*scélérates*”⁴¹ y reconocido algunas libertades para controlarlas mejor, desempeñaba un papel mayor para sus integraciones en el Derecho positivo. La referencia al adjetivo “público” no tiene entonces que entenderse como expresivo de una oposición entre “libertades públicas” y libertades que serían “*privadas*”⁴² o individuales, sino para introducir “una precisión en cuanto al origen de la coacción social” a la cual están sometidas. Dichas “libertades son pensadas como objeto de una regulación jurídica”⁴³, principalmente por medio de la ley.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la promoción de algunas de las libertades públicas al nivel constitucional sea por el propio texto constitucional, sea por los órganos de control de constitucionalidad, no ha hecho que el concepto de libertad pública quede obsoleto. Aparece en el artículo 34 de la Constitución de la Quinta República para dar competencia al legislador para fijar las modalidades de su ejercicio, lo que es una manera de consagrar la concepción legicentrista de la Tercera República. Progresivamente, además, se ha elogiado a veces la capacidad de la categoría de las libertades públicas para evolucionar así como, finalmente, su apertura “multidisciplinar”. No solo se limita e interesa al Derecho administrativo sino también al Derecho constitucional, al Derecho penal, al Derecho social, al Derecho internacional y, luego, al europeo. Subrayaría que esta apreciación fue formulada por parte de autores que habían expresado anteriormente concepciones más restrictivas de las libertades públicas, como Jean Rivero⁴⁴. Su obra presenta una

⁴¹ F. DE PRESSENSÉ, É. POUGET, *Les lois scélérates de 1893-1894*, Editions de la Revue Blanche, Paris, 1899.

⁴² J. RIVERO, *Libertés publiques*, cit., p. 23.

⁴³ Vid. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 2017, 8^{me} éd., p. 2.

⁴⁴ J. RIVERO, *Libertés publiques*, cit., pp. 15 et 22.

evolución respecto al concepto muy vinculado a las evoluciones del Derecho positivo, lo que da en parte razón a la observación de Peces-Barba cuando decía que los académicos franceses están apegados a este último.

Sea lo que sea, desde los años 1990, aunque el uso de la noción de libertades públicas no ha desaparecido del debate público como lo muestran, por ejemplo, los artículos de prensa relativos a la aplicación de los estados de emergencia securitarios y sanitarios⁴⁵, entró progresivamente en concurrencia con referencias, nuevas en Francia en esa época, a los derechos y libertades fundamentales. Como indicador de esta evolución, las clases de “libertades públicas” que se habían instituido en Francia en 1954, como lo recordaba Gregorio Peces Barba en su libro, se denominan desde el final de los años 1990 “Derecho de libertades fundamentales”. Los títulos de los manuales siguieron esta evolución, reservando un papel variable a cada una de las terminologías disponibles. Muchos libros han abandonado en su título la expresión “libertades públicas” por la de “derechos fundamentales”, a veces justificándolo por el hecho de que la categoría de las libertades públicas aparece demasiado restrictiva para dar cuenta de todos los derechos y libertades reconocidos en los diferentes niveles normativos del Derecho positivo. Sin embargo, en algunos manuales, el cambio terminológico no ha modificado mucho el campo de los derechos y libertades expuesto y estudiado⁴⁶.

Otros siguen refiriéndose a las libertades públicas, solas⁴⁷ o juntos con referencias a los “derechos humanos” o los “derechos fundamentales”⁴⁸. Esta elección tiene por intención expresar, para algunos, dudas ideológicas sobre el concepto de derechos fundamentales sospechosos –entre otros– de introducir una jerarquización entre los diferentes derechos humanos con una

⁴⁵ Por ejemplo, V. DE SENNEVILLE, “Etat d’urgence: le mistigri des libertés publiques”, *Les Echos.fr*, 23 de diciembre de 2015 [en línea].

⁴⁶ Vid. por ejemplo, J. ROBERT, J. DUFFAR, *Libertés publiques et droit de l’homme*, Montchrestien, Paris, 1988, convertido ahora en *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Paris, 2009. Ver sobre esta evolución P. WACHSMANN, “L’importation en France de la notion de droits fondamentaux”, *RUDH*, 2004, vol. 16, núm. 1-4, p. 42.

⁴⁷ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, cit.; D. TURPIN, *Les libertés publiques*, Dunod, Paris, 1993.

⁴⁸ Por ejemplo, J. ROBERT, J. DUFFAR, *Libertés publiques et droit de l’homme*, cit.; A. HEYMANN-DOAT, G. CALVÈS, *Libertés publiques et droits de l’homme*, LGDJ, Paris, coll. Système, 2006; J. MORANGE, *Libertés publiques*, PUF, Paris, Que sais-je?, 2007; S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, collection Hypercours, 3^{me} ed. 2017; X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, Paris, coll. Thémis, 2018; X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, Paris, 5^{me} ed., 2018.

base individualista y, para otros, su oposición a las tentativas de captura del campo de los derechos y libertades por parte de los constitucionalistas franceses⁴⁹. Este segundo motivo de resistencia se apoya en el hecho de que la protección constitucional de los derechos y libertades en Francia, incluso con la introducción de la Cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC) desde la revisión constitucional de 2008, no tiene el nivel alcanzado en Alemania o en España con el recurso de amparo. Por un lado, en efecto, la QPC no ofrecería a los individuos la posibilidad de remitir los casos directamente al Consejo Constitucional. Por otro lado, este último, en particular en razón del procedimiento de nombramiento y del perfil de sus miembros, no sería un Tribunal supremo digno de ese nombre. Aparece entonces aquí una segunda discrepancia y fuente de malentendidos con la concepción de los derechos fundamentales propuesta por Gregorio Peces-Barba.

2.2. Una concepción diferenciada del concepto de derechos fundamentales

2.2.1. *La ausencia de una categoría jurídica homogénea de derechos fundamentales en el derecho positivo francés*

A diferencia de España o Alemania, no existe en Francia una lista preestablecida en la constitución o en las leyes de derechos o libertades expresamente calificados como fundamentales. Es más, el calificativo de “fundamental” en relación con los derechos y libertades se ha excluido deliberadamente de las reformas constitucionales en varias ocasiones, en particular debido a su carácter inusual en el Derecho francés⁵⁰. Por proponer sólo dos ejemplos, inicialmente se preveía que el actual Defensor de los Derechos se denominara Defensor de los Derechos Fundamentales y que la QPC se realizara respecto a los “derechos y libertades fundamentales reco-

⁴⁹ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, cit.; D. LOCHAK, *Droits de l’Homme*, cit.; R. SÈVE, “Les droits de l’homme sont-ils vraiment fondamentaux?”, en G. LAFRANCE (ed.), *Ethique et droits fondamentaux*, Presses de l’université d’Ottawa, Ottawa, 1989, p. 16; S. GOYARD-FABRE, “La dérive des droits fondamentaux”, en G. LAFRANCE (ed.), *Ethique et droit fondamentaux*, Presses de l’université d’Ottawa, Ottawa, 1989, p. 61; A. TROIANIELLO, “Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme?”, *Débats*, núm. 124, mars-avril 2003, p. 58; I. MEYRAT, “Droits fondamentaux et droit du travail: réflexions autour d’une problématique ambivalente”, *Droit Ouvrier*, juillet 2002, p. 343.

⁵⁰ Vid. Assemblée Nationale, debate del 24 de abril de 1990, *JO*, pp. 590-600.

nocidos por la Constitución⁵¹. Finalmente, tras su examen por el Consejo de Estado, el proyecto de ley constitucional que dió lugar a la revisión del 23 de julio de 2008, no se refiere a los derechos fundamentales, sino a los “derechos y libertades que la Constitución garantiza”. En el mismo sentido, tras haber creado a mediados de los años 1980 una nueva categoría de “derechos constitucionales fundamentales”, asociada a una exigencia de no regresión de su nivel legal de protección⁵², el Consejo Constitucional abandonó al final de la década de los 90 esta calificación y el régimen jurídico a ella vinculado.

Las referencias más significativas que se hacen hoy en Francia al carácter fundamental de los derechos o libertades provienen de textos internacionales, europeos (esencialmente el Convenio europeo de los derechos humanos y libertades fundamentales y la Carta Europa de los derechos fundamentales), legislativos y, sobre todo, de decisiones jurisdiccionales. Entre todas, la referencia más interesante que ha sido objeto de los desarrollos jurisprudenciales más importantes, especialmente durante los periodos de estados de emergencia declarados tras los atentados del 13 de noviembre de 2015 y la crisis sanitaria, es la que aparece en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa resultante de la ley de 30 de junio de 2000 de reforma de los procedimientos de urgencia ante los tribunales administrativos. Este procedimiento permite a los jueces administrativos ordenar de manera acelerada “todas las medidas necesarias para salvaguardar de una libertad fundamental...”. Ha conducido a los jueces administrativos a consagrar el carácter fundamental de más de veinte derechos o libertades. Es, sin embargo, difícil adelantar criterios fiables que permitan identificar lo que es una libertad fundamental para el Consejo de Estado y los jueces administrativos. Se deciden casuísticamente. Como mucho podemos observar que han reconocido tanto libertades individuales (libertad de circulación, libertad de opinión y de expresión) como derechos (derecho de propiedad, derecho de asilo) o principios (principio de igualdad, de fraternidad), tanto derechos procesales (derecho a un recurso efectivo) como sociales (derecho a la escolarización de un niño discapacitado, derecho de huelga) o a la protección del medioambiente, incluso si en este último caso los jueces se muestran más tímidos. Además, se observa que los jueces no han considerado sistemáticamente todos los

⁵¹ Vid. Informe “BALLADUR”, Une V^e République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Paris, La documentation française, 2007, pp. 91 y ss.

⁵² Vid. en particular sentencias n° 81-132 DC, 16 de enero de 1982; n° 84-181 DC, 10 y 11 de octubre 1984; n° 89-259 DC de 22 enero de 1990; n° 93-325 DC, 13 de agosto de 1993.

derechos y libertades que la Constitución garantiza como libertades fundamentales, ni tampoco se muestran vinculados por la calificación legislativa previa⁵³. Para decirlo de otro modo, la categoría de libertad fundamental que aparece en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia administrativa no coincide exactamente con la de “libertades públicas”, ni tampoco con los derechos, principios y libertades constitucionales.

2.2.2. *La ausencia de unicidad de la ciencia y de la dogmática jurídicas acerca de los derechos fundamentales*

Las diversas referencias metajurídicas al concepto de derechos y libertades fundamentales no se corresponden siempre con el vocabulario utilizado en el Derecho positivo. Podría ser un signo de buena salud científica, demostrando la autonomía adquirida por el metalenguaje utilizado por los autores franceses respecto del Derecho positivo, y desmintiendo así la severa observación de Peces-Barba sobre su dependencia con respecto a este último (*supra*). Pero, la situación no parece tan valiente.

El contexto académico jurídico francés se caracteriza, como se ha señalado, por el hecho de que la difusión del universo conceptual de los derechos fundamentales no ha dado lugar a obras teóricas de la magnitud de las que se encuentran en Italia, Alemania o España. El entusiasmo por la terminología “derechos fundamentales” llegó más tarde que en otros países y dio lugar a más preguntas, desconfianzas, y, a veces, resistencia⁵⁴ (*supra*). Correlativamente, las referencias dogmáticas a los derechos y libertades fundamentales han permanecido durante mucho tiempo indefinidas, fluctuantes, intuitivas y frecuentemente hechas como si la noción fuera obvia. Numerosas referencias siguen expresando concepciones muy heterogéneas de lo que es un derecho o una libertad fundamental. Algunos asocian la fundamentalidad a valores –a valores últimos como podría decirlo Bobbio– pero estos valores son bastante diferentes de un autor a otro. Algunos limitan los derechos fundamentales a los derechos individuales de tipo liberal; otros, al igual que Peces-Barba, incluyen los derechos sociales, culturales y del medio ambiente⁵⁴. Otros, aún, se refieren a los derechos fundamentales para promover un campo disciplinario, entre otros el del contencioso constitucio-

⁵³ Vid. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés*, cit., pp. 35 y ss.

⁵⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, cit.

nal⁵⁵. Por último, algunos tienen como perspectiva armonizarse con el vocabulario de los ordenamientos jurídicos internacionales y europeos, y construir un núcleo de derechos comunes⁵⁶.

En conclusión, no existe una categoría jurídica unificada y coherente de derechos y libertades fundamentales en el Derecho positivo francés, ni siquiera una teorización dominante. Coexisten varios usos y concepciones, diferentes significados y regímenes jurídicos. Esta observación puede confundir a los teóricos y juristas extranjeros. Tiene el objetivo, en el marco de su invitación a discutir la obra de Gregorio Peces-Barba, de dar elementos de comprensión del desfase entre la forma singular en que se han planteado los debates en Francia alrededor de los derechos fundamentales y la *Teoría general de los derechos fundamentales* del maestro español y, por tanto, desgraciadamente, el débil eco de esta última a pesar de su riqueza. Pero, no hay que perder la esperanza.

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS
Universidad de Paris-Nanterre
Centre de théorie et d'analyse du droit
équipe CREDOF, UMR 7074
200 avenue de la République 9
2000 Nanterre - Francia
e-mail: vchd@parisnanterre.fr

⁵⁵ L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, cit.; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

⁵⁶ Sobre la construcción de un Derecho común ver por ejemplo, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

