

REPUBLICA DOMINICANA
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA (UNIBE)
ESCUELA DE GRADUADOS



TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL FENÓMENO NEOCONSTITUCIONAL
COMO OBJETIVACIÓN JURÍDICA DE LA DIGNIDAD HUMANA**

AUTOR

FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ REAL

ASESOR

PROF. CRISTÓBAL RODRÍGUEZ GÓMEZ

30 DE ABRIL DE 2009

Cuando una idea simple toma cuerpo, se produce una revolución.

Charles Péguy

No se pueden entender las consecuencias de tener una Constitución normativa, si no se comprende que hay una «cultura de la Constitución».

Jorge Eduardo Prats

ÍNDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I: EMERGENCIA HISTÓRICA DE LA DIGNIDAD HUMANA	18
1.1. De la dignidad funcional a la ontológica	19
1.1.1. El mundo greco-latino: Aristóteles y el estoicismo	19
1.1.2. La encrucijada de la Baja Edad Media: Tomás de Aquino	22
1.1.3. El hombre del Renacimiento: Pico della Mirandola	26
1.1.4. Las rutas del sujeto	30
1.1.5. La moderna teorización kantiana	32
A. Una referencia obligada	32
B. Antropología y ética de la dignidad: el imperativo categórico	36
C. La Ilustración como progreso en el respeto de la dignidad	42
D. Los principios del derecho	43
1.1.6. La dignidad ontológica: una autoconciencia compartida en la modernidad	47
1.1.7. La moderna concepción de la dignidad	49
A. Sistematización de su doble estatuto antropológico-moral	50
B. Consecuencias	55
1.2. De la vieja sociedad orgánica al moderno individualismo	57
1.2.1. El giro social copernicano	57

1.2.2. Tipologías de la sociología clásica: Tönnies, Durkheim y Weber	62
1.2.3. La reacción antimoderna	65
1.3. Personalismo y constitucionalismo	66
1.3.1. El individuo (mejor, la persona), los derechos y la democracia	66
1.3.2. La imagen teórica del burgués y el constitucionalismo decimonónico	68
1.4. La dignidad, ¿una autoconciencia específicamente occidental?	73
CAPÍTULO II: ANTROPOLOGÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	81
2.1. El imaginario social y las instituciones	81
2.2. La cultura y la Constitución	85
2.2.1. La teoría axiológica de los derechos fundamentales	86
A. Un giro hacia las ciencias del espíritu	86
B. La reacción iuspositivista	90
C. El legado de Smend	92
D. Una aproximación al derecho compartida	94
2.2.2. La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura	95
2.3. La dignidad humana y el neoconstitucionalismo	99
2.3.1. La dignidad como fundamento del Estado constitucional democrático y social	99
2.3.2. Los avatares históricos de la Constitución	102
A. La concepción originaria: independentistas y revolucionarios	102
B. El Estado de derecho formal	105
C. El restablecimiento de la Constitución normativa	107
2.3.3. Caracterización del Estado constitucional democrático y social	112

A.	El principio democrático y el principio liberal	112
B.	Dos puntos de vista sobre la política: instancia de decisión y competencias	113
C.	Una relación compleja	114
2.3.4.	La potencialidad heurística del concepto de dignidad	121
A.	La dignidad, común denominador de los principios democrático y liberal	121
B.	El sustrato antropológico de la dialéctica entre los principios	123
2.4.	El personalismo comunitario	124
2.4.1.	Dos extremos antropológicos	124
2.4.2.	Sus correspondencias ideológicas y científico-sociales	126
2.4.3.	Una antropología equilibrada	129
2.4.4.	Smend y el “flujo circular” entre el individuo y la sociedad	132
2.4.5.	Esbozo para una historia de la antropología política	134
2.5.	El neoconstitucionalismo, la dignidad y el personalismo comunitario	137
CAPÍTULO III: LA DEMOCRACIA O EL SER HUMANO COMO SUJETO		
POLÍTICO		142
3.1.	¿El triunfo de la democracia?	142
3.2.	El ser humano como sujeto	143
3.2.1.	Dignidad y democracia	143
3.2.2.	El principio de subjetividad política	145
3.3.	Participación <i>versus</i> representación	146
3.3.1.	Los modelos de democracia	146
A.	La democracia directa	146

B.	La democracia representativa	148
C.	La democracia semidirecta o participativa	152
3.3.2.	Los derechos políticos y el principio de subjetividad	153
A.	El derecho de iniciativa popular	153
B.	El referéndum	153
C.	La revocabilidad de los mandatos y el presupuesto participativo	155
3.3.3.	Dos casos particulares	155
A.	La República Dominicana	155
B.	España	156
3.3.4.	Democratizar las democracias representativas	157
A.	Pilotos y tripulantes	158
B.	Instituciones y cultura política	159
3.4.	El profundo calado antropológico del debate	160
3.4.1.	El representacionismo o la política del <i>homo oeconomicus</i>	161
A.	Constant y la libertad de los modernos	161
B.	Los teóricos de la democracia protectora y el propietario varón	165
C.	Schumpeter y el mercado político	166
D.	El <i>homo oeconomicus</i> y las ratas	168
3.4.2.	El participacionismo y el <i>homo politicus</i>	169
A.	La tradición republicana	169
B.	Macpherson y el desarrollo conjunto	171
C.	Etzioni y la democracia en sentido amplio	172

D.	Cortina y la democracia radical	173
E.	Bobbio, “el profesor vacilante”	175
F.	El <i>homo politicus</i> y la sociedad civil	178
3.5.	El principio del discurso y la democracia	182
3.5.1.	La ética discursiva	183
3.5.2.	La política deliberativa	185
3.6.	La democracia: ¿forma o sustancia?	189
3.6.1.	Evocación del debate	189
A.	La “democracia sustancial” de Ferrajoli	189
B.	La “democracia asociativa” de Dworkin	193
3.6.2.	La democracia es un procedimiento	195
A.	Objetivación de una epistemología política negativa	196
B.	Objetivación del <i>ethos</i> de la subjetividad	197
3.7.	El sustrato sustantivo de las teorías procedimentales de la justicia	202
 CAPÍTULO IV: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O EL SER HUMANO		
COMO FIN EN SÍ MISMO		
4.1.	Dignidad y derechos fundamentales	207
4.1.1.	La dignidad, fundamento y objetivo de los derechos fundamentales	208
A.	El plano de la dignidad y el de los derechos	208
B.	La dignidad o el derecho a tener derechos	211
4.1.2.	La absolutidad del respeto a la dignidad	212
4.1.3.	Funciones de la dignidad en el sistema de derechos	215

A. Interpretación	216
B. Unificación	216
C. Universalización	217
D. Ponderación	218
4.1.4. <i>A contrario</i> : Rawls y el derecho de gentes. ¿Derechos sin dignidad?	219
4.2. El carácter estrictamente individual de la titularidad de los derechos	223
4.2.1. La cuestión de los derechos colectivos	223
A. Acotación	223
B. Las Declaraciones y Tratados relativos a derechos humanos	224
C. Algunos textos constitucionales	228
4.2.2. La cuestión de los derechos pertenecientes a personas jurídicas	228
4.2.3. La doctrina opuesta al carácter sólo individual de los derechos	230
4.2.4. La persona humana, titular único de los derechos	231
A. La dignidad ontológica y el iuspositivismo neoconstitucional	231
B. Entre el sinsentido de los derechos colectivos y la barbarie uniformizadora	233
C. Más allá de la metáfora: la impersonalidad de las “personas” jurídicas ...	245
4.3. El doble carácter de los derechos fundamentales	248
4.3.1. El iuspositivismo y los derechos públicos subjetivos	248
4.3.2. Derechos subjetivos y elementos objetivos del ordenamiento	250
4.3.3. Dos consecuencias de la objetividad de los derechos fundamentales	252
A. El efecto horizontal	252
B. La acción positiva	255

4.3.4. ¿La acción positiva horizontal?	258
4.4. Los derechos fundamentales en tanto que principios	259
4.4.1. Reglas y principios	259
4.4.2. La limitación de los derechos fundamentales	262
4.4.3. Los derechos “vivientes” y las generaciones de derechos	265
4.5. ¿Derechos humanos o derechos fundamentales?	269
4.5.1. Iusnaturalismo y iuspositivismo	269
A. Los derechos naturales en el primer constitucionalismo	269
B. La crítica iuspositivista de los derechos naturales	271
C. Kelsen y la teoría pura del derecho	271
D. Un iuspositivismo no relativista y estrictamente metodológico	275
E. Luhmann y la autorreferencialidad de los subsistemas sociales modernos	279
4.5.2. Las éticas de máximos y la ética cívica	283
A. Lo bueno y lo justo: el hombre y el ciudadano	283
B. El desencantamiento del mundo y la eterna lucha de los dioses	284
C. El derecho al libre desarrollo de la personalidad	287
D. La ética cívica y los derechos humanos	289
E. La cuestión de la fundamentación última	294
F. La supuesta “tiranía de los valores”	296
4.5.3. Los derechos: humanos y fundamentales	300
A. El plano de la moral y el del derecho	300
B. Derechos que se buscan y se complementan	301

C. ¿Un iusnaturalismo de nuevo cuño?	305
D. Dworkin y los derechos morales	308
4.6. Los derechos sociales y la dignidad	312
4.6.1. El Estado de derecho burgués	313
4.6.2. Del constitucionalismo social a la ofensiva neoliberal	315
4.6.3. Una fundamentación liberal de los derechos sociales	317
A. La igual libertad en términos reales	317
B. Derechos sociales y derechos civiles	321
C. Derechos sociales y derechos políticos	323
4.6.4. Dignidad mediante el Estado	324
4.6.5. ¿Derechos sobre el papel?	327
A. Derechos y prestaciones	327
B. Derechos sociales y garantías jurisdiccionales	328
4.6.6. Una efectividad progresiva	333
4.6.7. La Constitución económica	336
A. Redistribución y fiscalidad progresiva	336
B. Subsidiaridad y dignidad humana	338
C. Neoconstitucionalismo y economía social de mercado	341
4.6.8. De nuevo el trasfondo antropológico	344
A. La racionalidad individual o el <i>homo oeconomicus</i> del neoliberalismo ...	344
B. Constitucionalismo social y personalismo comunitario	348
 CONCLUSIÓN. ELOGIO DE LA TEORÍA CULTURAL DE LA CONSTITUCIÓN	 352

BIBLIOGRAFÍA E INTERNETGRAFÍA	356
1. Libros y artículos	356
2. Cartas, Declaraciones y Tratados internacionales	390
3. Constituciones	394
4. Jurisprudencia y opiniones consultivas	396
5. Anteproyectos de reforma constitucional	399
6. Informes	399

INTRODUCCIÓN

El concepto de dignidad humana ha venido a convertirse en una referencia obligada del pensamiento ético-político contemporáneo, hasta el punto de constituir el criterio último de legitimidad de las más diversas instituciones tanto nacionales como internacionales.

Otro tanto ha sucedido en el ámbito del derecho, donde abundantes cartas magnas adoptadas a partir de mediados del pasado siglo atribuyen a la dignidad humana una importancia jurídica del máximo rango. En este terreno resultó ser pionera la Constitución irlandesa de 1937, adoptada a los fines, entre otros, de que “se garantice la dignidad y la libertad del individuo”, tal y como se establece en su preámbulo ¹. Valga el siguiente muestrario de textos constitucionales como ilustración de nuestro propósito:

“La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (*Ley fundamental de la República Federal de Alemania*, art. 1.1).

“Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley” (*Constitución de la República Italiana*, art. 3).

“Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana” (*Constitución de la República Portuguesa*, art. 1).

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (*Constitución española*, art. 10.1).

“La dignidad humana debe ser respetada y protegida” (*Constitución federal de la Confederación Suiza*, art. 7).

“La República de Sudáfrica... [está] fundada en los siguientes valores: la dignidad humana, la consecución de la igualdad y el progreso en los derechos humanos y libertades...” (*Constitución de la República de Sudáfrica*, art. 1.a).

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria..., fundada en el respeto de la dignidad humana...” (*Constitución política de Colombia*, art. 1).

¹ Cf. Sandkühler 2008, 14. Cortina 2007a, 35-36; Peces-Barba 2002, 63.

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (*Constitución política del Perú*, art. 1).

“Queda prohibida toda discriminación motivada por... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana...” (*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 1).

“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (..) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común” (*Constitución política de la República de Chile*, art. 1).

Expresiones similares se encuentran presentes a lo largo y ancho del constitucionalismo latinoamericano, como es el caso, además de los ya citados, de las cartas magnas de Costa Rica (art. 33), Bolivia (art. 8), Puerto Rico (art. 2), Brasil (art. 1), Nicaragua (art. 5), Venezuela (art. 3), Honduras (art. 68), Guatemala (art. 2), Chile (art. 1) o México (art. 1) ². Debe asimismo destacarse que, a pesar de no haber sido expresamente consignado en su Constitución, el principio de la dignidad humana tiene un carácter estructural en la República Dominicana ³. En cambio, el artículo 6 del *Anteproyecto de reforma constitucional* presentado en el Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo sí explicita que la República Dominicana “es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria descentralizada, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación de los poderes” ⁴.

La dignidad humana se encuentra también literalmente consagrada en las Constituciones poscomunistas de Croacia (1990, art. 25), Bulgaria (1991, art. 1), Rumania (1991, art. 1), Letonia

² Cf. Rolla 2002, 469.

³ Cf. Jorge 2005, I, 569. “Si, como bien establece el Artículo 8 de la Constitución, «se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana», es porque se reconoce que, tal como prescribe el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad» y que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (Artículo 1)” (Jorge 2005, I, 569).

⁴ Poder Ejecutivo de la República Dominicana 2008; Cf. art. 28.

(1991, art. 1), Eslovenia (1991, art. 1), Estonia (1992, art. 10), Lituania (1992, art. 21), Eslovaquia, (1992, art. 12), República Checa (1992, preámbulo) y Rusia (1993, art. 21) ⁵.

Comprobamos, en suma, que, uno de los rasgos más sobresalientes del constitucionalismo a partir de la segunda posguerra y hasta nuestros días “es la elevación de la dignidad de la persona humana a la categoría de núcleo axiológico constitucional y, por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental” ⁶; o, en otros términos, que “en el ordenamiento liberal democrático la dignidad del hombre es el valor superior” ⁷.

Idéntica es, por lo demás, la trayectoria seguida por el concepto de dignidad humana en el ámbito internacional, particularmente en las Cartas y en las Declaraciones y Tratados relativos a derechos humanos, como puede comprobarse mediante los siguientes ejemplos:

“...resueltos... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...” (*Carta de las Naciones Unidas*, preámbulo).

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...” (*Declaración universal de derechos humanos*, preámbulo; literalmente citado en los respectivos preámbulos del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*).

“Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tiene derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica” (*Carta de la Organización de los Estados Americanos*, art. 45.a).

“Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad” (*Convención americana sobre derechos humanos*, arts. 5.2 y 11.1).

⁵ Cf. Jorge 2005, I, 569.

⁶ Fernández Ssegado 2003, 3. Dicha afirmación constituye un reconocimiento habitual por parte de la doctrina, tal y como puede verse, por ejemplo, en: Kriele 1980, 32-33; Bustamante 2001, 53.

⁷ Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *BVerfGE*, 39, 42, citado por Fernández Ssegado 2003, 48.

“...las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana” (*Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos económicos, sociales y culturales*, preámbulo).

“...la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad...” (*Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, preámbulo).

“Considerando la Carta de la Organización para la Unidad Africana, la cual estipula que «la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad son objetivos esenciales para la realización de las legítimas aspiraciones de los pueblos africanos»...”. “Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano...” (*Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos*, preámbulo y art. 5).

En absoluto carece, pues, de fundamento la afirmación de Häberle según la cual el ser humano ha llegado a convertirse en nuestros días en “punto de partida ideal del derecho y del Estado, del derecho constitucional y del derecho internacional”⁸.

En ese constitucionalismo estrenado tras la segunda guerra mundial, que denominaremos neoconstitucionalismo y en el que, como hemos podido observar, se atribuye a la dignidad humana una importancia jurídica de primer orden, han encontrado convergencia tanto el principio liberal como el democrático, respectivamente orientados hacia la protección de los derechos fundamentales de la persona y su participación en el poder político. Tanto los ordenamientos constitucionales como los tratadistas establecen algún tipo de relación directa entre la dignidad y los derechos fundamentales, pero no suele suceder otro tanto en lo que tiene que ver con la organización democrática de la vida política. En la presente investigación trataremos de identificar la dignidad humana como el común denominador del principio liberal y del democrático, lo que podría contribuir a elaborar una visión integrada del fenómeno neoconstitucional o Estado constitucional democrático y social en esos sus dos grandes principios.

Encontramos, por otro lado, que, muy a pesar de la gran relevancia jurídica atribuida al concepto de dignidad, sobre él pesa alguna oscuridad y, por lo mismo, una buena dosis de ambigüedad. A

⁸ Häberle 2003, 8.

buen seguro que no es tarea de los constituyentes definir conceptos, tal y como sabemos por el constitucionalismo principalista o la doctrina de la Constitución abierta, pero sí es responsabilidad de los intérpretes constitucionales el esclarecimiento de los mismos. Sin embargo, la doctrina incurre, a nuestro juicio, en un uso excesivamente polisémico del término, lo que amenaza, a término, con vaciarlo de contenido. Entendemos, por ello, que, en orden a comprender con una cierta cabalidad el Estado constitucional democrático y social resulta útil una clarificación de ese concepto de dignidad humana que, en nuestra hipótesis, constituye la raíz común jurídicamente objetivada en los dos principios –el liberal y el democrático– que lo configuran. A tal efecto recurriremos al pensamiento de Kant, ampliamente acreditado como lugar de referencia obligado de la teorización de la autoconciencia moderna. Parafraseando la famosa consideración de Bobbio relativa a la justificación y a la protección de los derechos, hemos de decir que la eventual identificación y esclarecimiento de tal raíz no equivale, ni mucho menos, a una garantía de fortalecimiento y desarrollo del fenómeno neoconstitucional. No es menos cierto que cabe augurar mejor porvenir a las causas cuya razón de ser es conocida y comprendida por la ciudadanía que a aquellas otras que se desconocen o se malentienden. A fin de cuentas, el futuro de la democracia depende de los demócratas y el de la efectividad de los derechos de quienes estén dispuestos a hacerlos valer.

Sucede, además, que una concepción del fenómeno neoconstitucional como objetivación jurídica de la dignidad humana permite comprender la Constitución, en la línea de la teoría del derecho constitucional propuesta por Peter Häberle, como un producto cultural y, por ende, mostrar los entrelazamientos de tal fenómeno jurídico con otros rasgos característicos de la sociedad moderna tal y como ésta ha sido conceptualizada en la sociología clásica por autores de la talla de Tönnies, Durkheim o Weber. También esta vía, en nuestra opinión, es susceptible de dejar constancia de la adecuación del modelo neoconstitucional a la comprensión que el hombre y la mujer modernos tenemos de nosotros mismos y de nuestras relaciones sociales.

Nuestra tarea, por lo tanto, consiste en averiguar cuál es el significado que cabe atribuir al concepto de dignidad humana y cuál es la relación que guarda con el Estado constitucional democrático y social tanto en su vertiente democrática como en la relativa a los derechos consagrados como fundamentales.

Para ello, dedicaremos el primer capítulo a los grandes hitos de la cultura y del pensamiento occidentales a través de los cuales, partiendo de la antigua comprensión funcional de la dignidad, se fue abriendo paso la concepción típicamente moderna de la misma, que denominaremos ontológica. Tal proceso será considerado como estrechamente correspondiente con el tránsito de las viejas sociedades organicistas a la moderna sociedad individualista, que finalmente preferiremos reconocer bajo el signo del personalismo.

En nuestro capítulo segundo recurriremos a los aportes sociológicos de Castoriadis y politológicos de Ossipow, en los cuales las instituciones son concebidas como realizaciones del imaginario social, así como, ya en el ámbito específico del pensamiento jurídico, a la teoría axiológica de los derechos fundamentales propuesta por Smend y a la de la Constitución como ciencia de la cultura elaborada por Häberle. Tal marco teórico nos permitirá alojar la hipótesis según la cual la dignidad ontológica encuentra objetivación político-jurídica en los dos principios conformadores del Estado constitucional democrático y social, entre los cuales aparecerá una relación tanto de recíproca necesidad como de colisión. Trataremos de entender esa dialéctica de los principios como aquella misma que opera entre la dimensión individual y la dimensión social constitutivas del ser a quien reconocemos la dignidad, la persona humana, y que ha sido teorizada por la corriente antropológica dada en llamar personalismo comunitario. Sobre la base de esa antropología diremos que el respeto de la dignidad de la persona exige tanto libertad, en razón de su individualidad, como igualdad, en razón de su socialidad.

El tercer capítulo atenderá a la democracia, cuyo principio entenderemos como proyección político-jurídica de la dimensión social presente en los seres humanos, lo que nos abocará a sostener que la dignidad postula la igualdad entre los mismos en tanto que ciudadanos, es decir, sujetos políticos. A la luz de tal exigencia habremos de mantener la necesidad de que los actuales regímenes representativos evolucionen hacia fórmulas de democracia participativa, lo que comportaría un importante cambio de perspectiva antropológica. Completaremos el capítulo con algunas aclaraciones relativas a las consecuencias políticas de la ética discursiva, así como con una aproximación al debate sobre el carácter formal o sustancial de la democracia, lo que nos permitirá proponer una concepción de la misma como procedimiento objetivador de una epistemología política negativa y de un *ethos* de la subjetividad.

En el cuarto y último capítulo nos ocuparemos de los derechos fundamentales propugnados por el principio liberal, enfocándolos como plasmación político-jurídica de la exigencia de libertad que se sigue de la dimensión individual de la persona, cuya dignidad hace de ella el único ser intrínsecamente valioso y, por lo tanto, titular exclusivo de tales derechos. La consideración de los derechos fundamentales como elementos objetivos del ordenamiento jurídico nos ofrecerá la ocasión para, desde el punto de vista de la dignidad humana que tratan de proteger, plantear el carácter de obligatoriedad positiva y el efecto horizontal que cabe atribuirles. Por otro lado, a fin de poder distinguir sin separar los derechos humanos y los derechos fundamentales habremos de abordar la relación entre la moral y derecho, así como entre las éticas de máximos y la ética cívica, lo que guarda relación con la cuestión de la legitimidad no sólo de los derechos fundamentales, sino de todo el ordenamiento jurídico y el edificio estatal. El último epígrafe de ese mismo capítulo estará dedicado a una fundamentación liberal de los derechos sociales, es decir, a subrayar la importancia de los mismos en tanto que medios necesarios para una igual libertad efectiva entre las personas, lo que implica que su satisfacción viene imperada por la dignidad humana con que se encuentra comprometido el Estado constitucional democrático y social. En este punto adquirirá de nuevo relevancia la perspectiva antropológica, permitiéndonos verificar la divergencia existente entre el individualismo neoliberal y el personalismo comunitario, cuya afinidad con el principio del Estado social trataremos de poner de relieve.

CAPÍTULO I: EMERGENCIA HISTÓRICA DE LA DIGNIDAD HUMANA

En la introducción hemos tenido ocasión de comprobar la máxima importancia actualmente atribuida a la dignidad en el plano jurídico, a pesar de lo cual tal concepto no es originariamente jurídico, sino filosófico. Mediante él se trató de expresar en la naciente modernidad lo que más adelante denominaremos una antroponomía, es decir, tanto una concepción normativa del hombre como una autoconciencia axiológica. Nos encontramos, por lo tanto, ante un fenómeno cultural de gran envergadura, que, como no puede ser de otro modo, hunde sus raíces en la historia del pensamiento y que ha conocido una profunda transformación en su devenir histórico. Es cierto que, como cualquier otro concepto jurídico, el de la dignidad humana no debe ser interpretado desde particulares posiciones cosmovisionales, sino únicamente a partir de las exigencias autónomas del método jurídico, pero no resultaría razonable indagar la significación del mismo al margen de la matriz cultural de que procede y que los propios textos jurídicos y jurisprudenciales suelen evocar, a veces incluso de forma marcadamente explícita, como tendremos ocasión de comprobar. Esto es así en razón de que, como señala Zagrebelsky,

las fórmulas «de principio» son a menudo expresiones un tanto banales, “producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano” (Rudolf Smend), pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que, más que «interpretadas» a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su ‘ethos’. En pocas palabras, a las reglas se «obedece»; a los principios, en cambio, «se presta adhesión» y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a la que las palabras no hacen sino una simple alusión.⁹

Pues bien, eso es exactamente lo que sucede en el caso que nos ocupa y la razón por la cual nos proponemos presentar “un horizonte de historia del pensamiento del que no cabe prescindir en la interpretación de la garantía de la dignidad del hombre”¹⁰. Tal historia, por lo demás, debería permitirnos percibir que la actual concepción de la dignidad, por más que derive de la antigua,

⁹ Zagrebelsky 1997, 110.

¹⁰ Starck, Ch. *Verfassungsrechtliche Grenzen der Biowissenschaft*, citado por Gutiérrez 2005, 195-196. La contribución de la filosofía del derecho al propio derecho “adquiere una relevancia especial porque se sitúa en la raíz del problema que coloca a la dignidad humana como fundamento de la ética pública de la modernidad, como el *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y derechos que derivan de esos valores” (Peces-Barba 2002, 12).

resulta ser específica del mundo moderno y se distancia enormemente de aquélla. Advertamos, finalmente, que por el momento permaneceremos estrictamente limitados a la tradición cultural occidental de origen greco-latino, reservando para el último epígrafe de este capítulo la pregunta relativa a la eventual presencia del concepto de dignidad humana en ámbitos culturales diferentes del nuestro.

1.1. De la dignidad funcional a la ontológica

1.1.1. El mundo greco-latino: Aristóteles y el estoicismo

La idea de una ciudadanía con derechos políticos propios y deslindados de las obligaciones respecto de la comunidad fue enteramente ajena a las antigüedades griega y romana, en las cuales pensadores y políticos aceptaron como evidente la idea según la cual la personalidad humana no puede desarrollarse adecuadamente sino a condición de estar “integrada y subordinada en el Estado omnipotente”¹¹. Es la teoría que, según la expresión acuñada por Bobbio (1909-2004), puede denominarse muy adecuadamente “modelo aristotélico”¹², pues, en efecto, el filósofo griego (384-322 a.C.) entendió al hombre como un animal político, que, por su propia naturaleza, está necesitado de la entidad superior y autosuficiente que es el Estado.

*Es indudable que el Estado es antes que la familia y que los individuos, porque el todo es antes que su parte. Así un hombre es un todo: si muere, no puede decirse que su pie o su mano existe aún. Podrá llamarse pie o mano a un miembro inanimado; pero por analogía, como se llama mano a la mano de una estatua (...) Según estos principios, el Estado es, por su naturaleza, superior al individuo; porque si cada individuo aislado no puede bastarse a sí mismo, todos estarán, separadamente, en el mismo caso. Si se hallase un hombre que no pudiese vivir en sociedad o que pretendiese no necesitar cuidado alguno, no sería propiamente un hombre, sería una fiera salvaje o un dios.*¹³

¹¹ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, citado por Brage 2005a, 7.

¹² Bobbio 1991, 161. “No se me oculta –aclara el autor– que... la primacía del derecho (*ius*) sobre la obligación es un tratamiento característico del Derecho romano que fue elaborado por los juristas de la edad clásica. Pero se trata, como puede observarse, de derechos que competen al individuo como sujeto económico, como titular de derechos sobre las cosas y como con capacidad de cambiar bienes con otros sujetos económicos dotados de la misma capacidad” (1991, 108-109).

¹³ Aristóteles 1996, libro I, cap. 1; p. 30.

Procede llamar la atención tanto sobre el sentido holista que preside la concepción que Aristóteles tenía de la relación del individuo con la *polis* como sobre la muy significativa metáfora orgánica a que acude para ilustrar la superioridad natural de ésta respecto de aquél. Ahora bien, no se trata sólo de que exclusivamente el Estado, “la más importante asociación”¹⁴, puede procurar a los individuos el bien supremo que es la felicidad¹⁵, sino que, según el Estagirita, “los hombres se reúnen por el solo placer de vivir reunidos; insisto en que es acaso la mayor perfección humana. Aman esta asociación por la asociación misma, y sólo una excesiva desdicha puede romper en ellos tan dulces lazos. La privación de la vida social es para el hombre racional la mayor de las desventuras”¹⁶.

El origen de la defensa de la igual dignidad de todos los seres humanos en tanto que ciudadanos del mundo, así como el de la idea de la existencia de derechos individuales al margen del Estado, suele atribuirse¹⁷ a la *stoa*, escuela filosófica helénica fundada por Zenón de Citio (334-260 a.C.) y que, en su última fase, estuvo profusamente presente en la cultura romana a través de pensadores tan relevantes como Cicerón (106-43 a.C.), Ovidio (43 a.C.-17 d.C.), Séneca (4 a.C.-65 d.C.) o Marco Aurelio (121-181). Es cierto que el cosmopolitismo ocupó un lugar destacado en el sistema estoico de valores y que sus pensadores enfatizaron con admiración la razón como especificidad del fenómeno humano por relación al animal, hasta el punto de considerar que “un dios habita en el interior del hombre”¹⁸ o que éste ha sido modelado “en la efigie de los que gobiernan todo, los dioses”¹⁹, por lo cual, a decir de Séneca, “el hombre es cosa sagrada para el

¹⁴ Aristóteles 1996, libro I, cap. 1; p. 27.

¹⁵ “...expliquemos cuál es el bien que en nuestra opinión es objeto de la política, y por consiguiente el bien supremo que podemos perseguir en todos los actos de nuestra vida. La palabra que lo designa es aceptada por todo el mundo; el vulgo, como las personas ilustradas, llaman a este bien supremo felicidad, y según esta opinión común, vivir bien, obrar bien, es sinónimo de ser dichoso” (Aristóteles 2001, libro I, cap. 4; p. 16).

¹⁶ Aristóteles 2001, libro III, cap. 4; p. 94.

¹⁷ Así, por ejemplo, Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*, citado por Brage 2005a, 7-8; Peces-Barba 2002, 25-27.

¹⁸ Séneca, Lucio Anneo. *Ep.*, 37.2, citado por Lobato 1997, 27.

¹⁹ Ovidio 2008, 3-4.

hombre”²⁰. No es menos cierto que el sentido estoico de la igualdad humana permaneció cantonado en la interioridad, sin llegar a desplegar sus efectos en la vida social²¹, así como que la dignidad fue básica y comúnmente interpretada en esa escuela como adaptación resignada al curso natural y divino de las cosas, lógico a causa de la estructura racional del cosmos y susceptible de ser comprendido por el hombre en la medida en que éste participa de esa misma razón²².

A la vista del referido holismo organicista de la vida social y política, que encontró adecuada expresión en la filosofía aristotélica, nada tiene de sorprendente que la antigua idea de dignidad no dijera relación a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, sino que poseía, muy al contrario, un sentido eminentemente funcional y un alcance marcadamente restringido. Hacía referencia al poder, al rango, a la riqueza, al título, o al mérito (militar, intelectual, artístico, etcétera.) de ciertas personas. A diferencia de la de los modernos, que, como veremos, es de tipo ontológico e igualitario, la idea de dignidad de los antiguos poseía un carácter relacional y desigualitario. Puede decirse, a fin de cuentas, que venía a constituir una determinada función social²³.

El significado etimológico de vocablo *dignus* resulta coherente con esa concepción clásica de la dignidad como excelencia merecedora de un trato respetuoso y deferente. Parece ser que su origen lingüístico se remonta al sánscrito, exactamente a la raíz *dec*, la misma que encontramos

²⁰ Séneca, Lucio Anneo. *Epístolas morales a Lucilio*, citado por Peces-Barba 2002, 26.

²¹ “– Son esclavos. – Antes bien, hombres. – Son esclavos. – Antes bien, camaradas. – Son esclavos. – Antes bien, amigos humildes... Las costumbres se las da cada uno a sí mismo, el papel social lo da el acaso... Es esclavo, pero quizá libre en cuanto al ánimo” (Séneca, Lucio Anneo: *Ep.*, 41, 1, 15 y 17, citado por García Borrón 1988, I, 240). “El filósofo Séneca, humanista y dialogante, atento a la voz de la razón..., señor de unos 70.000 esclavos, consolaba a alguno de ellos mientras le servía la mesa o le ungía en el baño diciéndole que la esclavitud no le afectaba al alma y que para ser libre bastaba «querer»” (Lobato 1997, 27).

²² Cf. Román 2008, 8-11.

²³ Cf. Peces-Barba 2002, 23; Sandkühler 2008, 4. “En la antigua Grecia o en la Roma clásica..., el «hombre libre» no era el «hombre libre» del iusracionalismo... En aquella lejana época el acento se ponía –como hacía Aristóteles– en la «naturaleza libre» como estatus atribuido a determinados sujetos, de manera que en la sociedad antigua convivían hombres libres con individuos sometidos a esclavitud o en situación de semilibertad” (Batista 2005, 42).

en términos afines tales como “decoro” o “decente”. La flexión “digno” procede del latín, en el que la raíz *dec* se unió con la terminación *nus*, evolucionando con el tiempo a *dignus*²⁴.

Tal y como muy diversos estudiosos del tema han hecho notar²⁵, la irrupción del cristianismo en el mundo greco-latino significó un fuerte impulso antropológico de cara al reconocimiento tanto de la subjetividad personal y valor absoluto del ser humano como de la unidad de la humanidad y, por consiguiente, de la igualdad y fraternidad de todos sus miembros. “El cristianismo supuso un refuerzo de la afirmación del individuo, en razón de su urgencia de una moral personal..., pero, al mismo tiempo, debilitó esa afirmación cuando la cristiandad sucedió al imperio romano y puso el acento en el uso recto del poder e hizo de la autoridad mundana un representante de Dios, con lo que las instituciones político-eclesiales pasaron a ser mediación necesaria en el perfeccionamiento de la persona”²⁶.

1.1.2. La encrucijada de la Baja Edad Media: Tomás de Aquino

Por más que en posteriores contextos polémicos algunos autores hayan venido a crear interesadamente la amalgama de “las tinieblas medievales”, el siglo XIII conoció importantes cambios que contribuyeron a que fuera abriéndose paso el mundo moderno; cambios políticos, como la victoria de los municipios italianos sobre la dominación de un Imperio que se encaminaba hacia su ocaso o el nacimiento de cierto tipo de derechos con la promulgación de la *Carta magna* en Inglaterra (1215); cambios también económicos, como la creación de la confederación anseática de las ciudades marineras y comerciales del norte de Europa o la intensificación de los intercambios comerciales con Oriente; cambios, finalmente, culturales, como el florecimiento de grandes universidades en París, Bolonia o Salerno, la tendencia a la

²⁴ Cf. Lobato 1997, 56-57; Williams 2003, 32.

²⁵ Cf. Bobbio 1991, 51, 106; Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*, citado por Brage 2005a, 7-8; Barboza 2005, 119. “La idea de un alma inmortal ante Dios abre el camino a una idea de la libertad, según la cual el individuo tiene un valor infinito”, escribió Hegel en la *Enciclopedia de las Ciencias del Espíritu*, siendo retomado por Habermas (cf. Cortina 2007a, 238-268). “Mientras que la religión de la ciudad estaba enteramente hecha de prácticas materiales, en las que el espíritu estaba ausente, el cristianismo ha hecho ver en la fe interior, en la convicción personal del individuo, la condición esencial de la piedad (...) El centro mismo de la vida moral ha sido de este modo transportado desde fuera hacia dentro del individuo” (Durkheim 2008).

²⁶ Osuna 2002, 32.

afirmación de la autonomía del orden temporal, la nueva actitud hacia la tradición, el creciente aprecio por el método experimental, la amplia difusión de la ciencia y de la filosofía de los árabes hispanos, así como, a través de éstos, del entonces revolucionario pensamiento de Aristóteles.

No cabe duda de que el siglo XIII estuvo profundamente imbuido de aquella visión antropológica pesimista de la que se hizo portavoz el cardenal Lotario di Segni (1160-1216) –más tarde Inocencio III– en su *De miseria conditionis humanae* y que sirvió de sustento a la espiritualidad de la *fuga mundi*²⁷; tampoco de que la hipertrofia feudal del rango o de la jerarquía prolongó y mantuvo como hegemónica la vieja concepción funcional de la dignidad²⁸. Sin embargo, el pensamiento teológico del siglo XIII alumbró una nueva vinculación entre el concepto de dignidad y el de persona, entendida ésta de un modo tal que habría de conducir al reconocimiento de la universalidad de la primera.

Tomaremos como exponente de aquella nueva teología escolástica a Santo Tomás de Aquino (1225-1274), de quien no sólo se ha dicho que “ha de ser considerado como exponente intelectual de su época”²⁹, sino también que “forjó el sistema teórico-jurídico más completo e influyente de su tiempo”³⁰.

Señalemos previamente que en la palabra “persona” convergen una tradición etrusca, heredada por los romanos, y otra griega, procedentes ambas de la actividad teatral. La máscara de los actores fue designada por los etruscos con el nombre de *phersuna*, convertido por los romanos en *persona*, y por los griegos con el de *prosopon* (lo que va delante del rostro). Además, como explicaba el propio Tomás de Aquino, “porque en las comedias y tragedias se presentaba a personajes famosos, se impuso el nombre de persona para indicar a alguien con dignidad. Por eso

²⁷ Cf. Peces-Barba 2007, 2-4.

²⁸ Cf. Peces-Barba 2002, 27.

²⁹ Álvarez 1988, 435.

³⁰ “Conocedor a fondo del pensamiento filosófico grecorromano, la patrística, el *Digesto de Justiniano*, el *Decreto de Graciano* y otros desarrollos teológicos, filosóficos y jurídicos de su época, integró estas corrientes en gran medida y le abrió campo aparte a la investigación de la bases teóricas del derecho” (Trías 2000, 55).

en las iglesias empezó la costumbre de llamar personas a los que tienen alguna dignidad”³¹. Nótese que se trataba de aquella concepción de la dignidad que hemos llamado funcional. Pues bien, durante siglos tanto el *prosopon* de los griegos como la *persona* de los romanos designaron única y exclusivamente ese concepto de máscara teatral, debiendo esperar hasta el siglo I para que Séneca hablara del individuo como persona³². Fue Boecio (480-524) quien, casi cinco siglos después, dio un paso decisivo al definir a la persona como “sustancia individual de naturaleza racional”³³.

Probablemente corresponde a Alano de Ínsulis (1128-1203), ya en la Baja Edad Media, el mérito de haber sido el primero en incorporar la dignidad a una noción de persona privada de significación teatral. De hecho, es a él a quien se remite Santo Tomás al escribir que “algunos definen la persona diciendo que es la «hipóstasis distinguida por la propiedad relativa a la dignidad»”³⁴. El Aquinate, por su parte, tras haber sometido a riguroso examen y defendido la definición boeciana de persona³⁵, añade inmediatamente después de su referencia a Alano de Ínsulis: “Como quiera que subsistir en la naturaleza racional es de la máxima dignidad, todo individuo de naturaleza racional es llamado persona, como dijimos (I, c. 29, a. 1)”. Y en otro lugar: “En el nombre de persona se expresa la dignidad misma”³⁶. En la síntesis elaborada por el teólogo dominico encontramos, por lo tanto, una muy explícita aplicación del concepto de dignidad a toda persona, es decir, a todo individuo racional.

³¹ Aquino 2001, I, c. 29, a. 3, ad 2.

³² Cf. Lobato 1997, 102.

³³ Boecio. *Liber de persona et duabus naturis*, citado por Gómez 2008.

³⁴ Aquino 2001, I, c. 29, a. 3, ad 2. Contemporáneamente a éste: “La persona es una sustancia que se distingue a través de la propiedad relacionada con la dignidad” (Hales, Alejandro de. *Glossa*, 1, 23, 9, citado por Seifert 2008).

³⁵ “...de entre todas las sustancias, los singulares de naturaleza racional tienen un nombre especial. Este nombre es persona. Por eso en la definición de persona que se ofreció [la de Boecio] entra la sustancia individual por significar lo singular en el género de la sustancia. Y se le añade naturaleza racional por significar lo singular en las sustancias racionales” (Aquino 2001, I, c. 29, a. 1, sol.).

³⁶ Aquino 2001, I, c. 29, a. 3, ad 2; y II-II, c. 63, a.1, obj. 1, respect. “Persona significa lo que en toda naturaleza es perfectísimo, es decir, lo que subsiste en la naturaleza racional” (Aquino 2001, I, c. 29, a. 3, sol.).

Es de justicia afirmar, más aún, que la concepción tomasiana de la dignidad personal conecta radicalmente y en sus rasgos esenciales con la que será propia de la modernidad. Sus nociones de “libertad del albedrío” y de “existencia por sí misma” se encuentran en completa sintonía con las de “autonomía” y “de fin en sí mismo”, respectivamente, que tendremos ocasión de encontrar en la obra de Kant.

En efecto, según Santo Tomás, la persona alcanza, gracias a la intelectualidad o racionalidad de que goza, una autonomía de acción que le permite forjar su propia historia irrepetible y que es parte constitutiva de su dignidad: “La libertad del albedrío –escribe– pertenece a la dignidad del hombre”³⁷. Su doctrina sobre la inviolabilidad de la conciencia como fuente de normatividad moral es un claro reflejo del drástico respeto que le inspiraba la dignidad humana. Habiendo considerado el dictamen de la conciencia individualizado como “la presencia de un precepto divino en quien tiene conciencia”³⁸, sostuvo, muy a pesar de la opinión corriente en su tiempo, que la conciencia obliga siempre –también cuando, encontrándose involuntaria e invenciblemente en el error, ordena acciones intrínsecamente malas–, así como que el juicio de la misma prevalece normativamente sobre el precepto de un superior³⁹.

Sucede, en segundo lugar, que la dignidad del modo de existencia personal, tal y como es entendida por este autor, concuerda con el existir por sí misma: “La personalidad pertenece necesariamente a la dignidad y perfección de una cosa en tanto en cuanto corresponde a la dignidad de tal cosa existir por sí misma, que es lo que se entiende por el término de persona”⁴⁰.

³⁷ Aquino 2001, I, c. 99, a. 3, sed. Cf. Lobato 1990, 147; Fuster 2001, 321.

³⁸ Aquino, Santo Tomás de. *De veritate*, citado por Osuna 2002, 148.

³⁹ Sobre el primer asunto, cf. Aquino 2001, I-II, c. 19, a. 5-6. Sobre el segundo, cf. Aquino, Santo Tomás de. *Comentario al libro de las Sentencias de Pedro Lombardo*, II, d. 39, c. 3, ad 3, citado por Osuna 2002, 148.

⁴⁰ Aquino 2001, III, c. 2, a. 2, ad 2. “La persona humana significa una naturaleza con un determinado modo de existir. La naturaleza que la persona incluye en su significación es la más digna de todas las naturalezas, es decir, la naturaleza racional en su condición de tal. De modo semejante, el modo de existir que importa la persona es el más digno, pues corresponde a algo que existe de por sí” (Aquino, Santo Tomás de. *De potentia*, q. 9, a. 3, citado por Osuna 2002, 36).

“Dignidad significa bondad por sí misma; utilidad, bondad para otra cosa”⁴¹, he aquí una distinción que Kant habría podido muy gustosamente suscribir.

Nada tiene de extraño, por lo tanto, que la obra de Tomás de Aquino haya sido considerada como un “incipiente viraje epocal” o como una “encrucijada” antropológica⁴² entre el pensamiento clásico y el moderno. No ha de perderse de vista, sin embargo, que se trataba de una prefiguración del planteamiento moderno y que tenía lugar en determinado ambiente intelectual que sólo a largo plazo lograría erosionar la vieja concepción funcional de la dignidad, todavía entonces dominante tanto en los esquemas culturales como en las prácticas sociales.

1.1.3. El hombre del Renacimiento: Pico della Mirandola

Suele denominarse humanismo renacentista al movimiento cultural que, gestado en Italia durante los siglos XIV y XV y culminado a comienzos del XVI, tuvo como características una renovación del interés por el legado greco-romano, una mentalidad fuertemente apasionada por el cultivo de las artes y de las ciencias, una defensa de la libertad humana frente a las autoridades externas, así como, en oposición a la anterior espiritualidad de la *fuga mundi*, un marcado centramiento en el mundo, una poderosa confianza en las capacidades inexploradas del ser humano y, por consiguiente, un agudo sentido crítico hacia las situaciones sociales vigentes.

Algunas de las producciones intelectuales reconocidas como fieles exponentes del espíritu humanista son *El elogio de la locura* de Erasmo de Rotterdam (1469-1536), la *Utopía* de Tomás

⁴¹ Aquino, S. T. de. *Comentario al libro de las Sentencias...*, III, d. 35, q. 1, a. 4, sol. 1, citado por Melendo 2008, 25, nota 28.

⁴² Metz 1972, 64 y 145. Cf. Espeja 2006, 115-137. En la jerarquía tomasiana de los seres el lugar supremo le corresponde sólo a Dios: “...la dignidad de la persona divina supera toda dignidad. Por eso, en grado sumo a Dios le corresponde el nombre de persona” (Aquino 2001, I, c. 29, a. 3, ad 2). De ahí que la tesis de Metz sea la siguiente: “El pensamiento griego es antropocéntrico en cuanto al contenido, o sea, ónticamente, respecto a la jerarquía de los seres (antropocentrismo material); pero es cosmocéntrico-objetivista en cuanto a la forma, o sea, ontológicamente, respecto a la concepción del ser (cosmocentrismo formal). El pensamiento tomasiano, en cambio, es teocéntrico en cuanto al contenido, o sea, ónticamente, respecto a la jerarquía de los seres (teocentrismo material); pero es antropocéntrico en cuanto a la forma, o sea, ontológicamente, respecto a la concepción del ser y, por tanto, se rige por el modo de ser propio del hombre, por la «subjetividad» (antropocentrismo formal) (...) el arquetipo que rige la concepción del ser es el modo de ser propio del hombre, la subjetividad” (Metz 1972, 65-67).

Moro (1478-1535), *La ciudad del sol* de Tomás Campanella (1568-1639) o la *Nueva Atlántida* de Francis Bacon (1561-1626), constituyendo estas tres últimas auténticas joyas del género utópico.

De entre las obras que los humanistas dedicaron específicamente a la dignidad humana cabe citar *De dignitate et excellentia hominis* de Gianozzo Manetti (1396-1459), el *Diálogo de la dignidad del hombre* de Fernán Pérez de Oliva (1494-1533) y la *Expulsión de la Bestia triunfante* de Giordano Bruno (1548-1600) ⁴³.

Sin embargo, es el *Discurso sobre la dignidad del hombre* de Giovanni Pico della Mirandola (1463-1494) ⁴⁴ la pieza que, con toda la razón, puede ser considerada como el verdadero manifiesto del Renacimiento, al menos en el tema que nos ocupa. Pico della Mirandola había redactado novecientas proposiciones que debía defender en debate público ante la curia romana. Como los censores nombrados a tal efecto por Inocencio VIII se opusieron firmemente a trece de ellas, el papa prohibió la prevista defensa y condenó la obra, lo que condujo a su autor a escribir una *Apología*. Ésta fue publicada a su muerte, en 1496, como prólogo a las proposiciones, apareciendo en la edición de Basilea bajo el título *Oratio: De hominis dignitate* ⁴⁵. Vale la pena transcribir *in extenso* el pasaje cumbre de la misma, que ha llegado a convertirse en un verdadero clásico sobre la dignidad humana:

⁴³ Mannetti elogiaba “la inconmensurable dignidad y excelencia del hombre” y “los extraordinarios talentos y raros privilegios de su naturaleza”. Pérez de Oliva destacaba que “Aristóteles creyó que en el hombre, el fin a quien todas las cosas acatan, y que el cielo tan excelente y las cosas tan admirables que dentro de sí tiene, todas fueron reducidas a que el hombre tuviese vida, sin el cual todas parecen inútiles y vanas”. Francisco Recio defendía que mientras que “los demás animales están perpetuamente sujetos al imperio de una determinada naturaleza..., el hombre, con el juicio y la razón, puede escoger su camino, abandonarlo por otro, retroceder; puede variar, en suma...”. Bruno se felicitaba del poder del hombre “sobre los demás animales, el cual consiste en poder actuar; no sólo según la naturaleza y lo ordinario, sino además fuera de las leyes de ella, a fin de que... viniera a convertirse Dios en la tierra...” (citados por Peces-Barba 2002, 30, 33, 34 y 32 respect.).

⁴⁴ Giovanni Pico della Mirandola “sobrevive en la fantasía de los hombres –no digo en la memoria de los historiadores de la filosofía– como el símbolo de la erudición sin límites, de la sabiduría universal y omnívora, del hambre y sed de todo conocimiento y verdad. El joven prodigio, que a los veintitrés años en 1486 publicaba sus novecientas tesis y desafiaba a discutir las a los sabios de su tiempo, aparece a los ojos de los posteriores como el Creso de la cultura, como el Alejandro Magno del pensamiento” (Papini 1957, 1216-1217).

⁴⁵ Cf. Lobato 1997, 34-35.

...no llegaba a convencerme todo eso que se aduce por muchos sobre la excelencia de la naturaleza humana, a saber, que el hombre es el intermediario de todas las criaturas, emparentado con las superiores, rey de las inferiores, por la perspicacia de sus sentidos, por la penetración inquisitiva de su razón (...) Muy grande todo esto ciertamente, pero no lo principal... A la postre, me parece haber entendido por qué el hombre es el ser vivo más dichoso, el más digno (...)

...el supremo Artesano hizo del hombre la hechura de una forma indefinida, y, colocado en el centro del mundo, le habló de esta manera: «No te dimos ningún puesto fijo, ni una faz propia, ni un oficio peculiar, ¡oh Adán!, para que el puesto, la imagen y los empleos que deseas para ti, esos los tengas y poseas por tu propia decisión y elección. Para los demás, una naturaleza contraída dentro de ciertas leyes que les hemos prescrito. Tú, no sometido a cauces..., te la definirás según tu arbitrio al que te entregué. Te coloqué en el centro del mundo, para que volvieras más cómodamente la vista a tu alrededor y miraras todo lo que hay en ese mundo. Ni celeste, ni terrestre te hicimos, ni mortal, ni inmortal, para que tú mismo, como modelador y escultor de ti mismo, más a tu gusto y honra, te forjes la forma que prefieras para ti. Podrás degenerar a lo inferior, con los brutos; podrás realzarte a la par de las cosas divinas, por tu misma decisión».

¡Oh sin par generosidad de Dios Padre, altísima y admirable dicha del hombre! Al que le fue dado tener lo que desea, ser lo que quiere (...) ¿Quién no admirará a este camaleón? o ¿qué cosa más digna de admirar? (...) ¿Quién no admirará al hombre? En las sagradas Letras, mosaicas y cristianas, para nombrarle se habla de «toda carne» o «toda criatura», pues es así que él mismo se forja, se fabrica y transforma en la imagen de toda carne, en la hechura de todo ser creado (...) el hombre, animal de naturaleza multiforme y mudadiza.⁴⁶

Nos encontramos, como puede verse, ante una concepción de la dignidad humana que ya ha tomado grandes distancias por relación a la antigua y que se encuentra en un punto de madurez tal que puede y deber ser considerada como precursora muy inmediata de la que posteriormente será teorizada por Kant. En ella el hombre aparece como el “camaleón” o el “animal de naturaleza multiforme y mudadiza”, que, por no estar sometido a una “naturaleza contraída dentro de ciertas leyes”, se “forja” a sí mismo “según su arbitrio”. En eso consiste, a ojos de los humanistas del Renacimiento, la excelencia, dicha y dignidad de “Adán” o, lo que es igual, de todo ser humano.

⁴⁶ Pico della Mirandola 1984, par. 1-2.

Hemos de añadir, no obstante, algo parejo a lo dicho a propósito de la escolástica, a saber, que esa nueva autoconciencia denominada dignidad, surgida en determinados ambientes cultivados ⁴⁷, aún había de cundir socialmente hasta permear con mucha mayor profundidad la comprensión que los seres humanos hemos llegado a tener de nosotros mismos.

Importa destacar que las exaltaciones del ser humano que encontramos en la literatura humanista no tenían un alcance meramente retórico, sino que en la nueva visión de la condición humana en ellas expresada se encontraban en juego procesos históricos y posibilidades prácticas relativas al estatus social de las personas en sus diferentes vertientes (política, económica, etcétera). Así se manifestó con toda nitidez, por ejemplo, en los comienzos de la conquista del continente americano, cuando el agudo sentido del valor que corresponde al ser humano en cuanto tal condujo a algunos frailes dominicos, entre ellos Pedro de Córdoba (1482-1521), Antón de Montesinos (1480-1540) y Bartolomé de las Casas (1474-1566), a denunciar con gran vehemencia los atropellos cometidos por los colonizadores contra los habitantes de La Española. Valga como testimonio el conocido sermón de Montesinos en el cuarto domingo de adviento:

Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas; donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? (...) ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos?. ⁴⁸

Otro tanto cabe decir, a pesar de las significativas diferencias de sus realizaciones prácticas, sobre las ansias de libertad y las exigencias de repartición de bienes que cuajaron en la revuelta de los campesinos alemanes (1524-1526), alentada por Thomas Münzer (1490-1525) en los siguientes

⁴⁷ En otras producciones culturales de la época sigue presente la concepción funcional, tal y como puede verse, por ejemplo, en el primer diccionario castellano, publicado por Alfonso Pérez de Palencia de 1490: “Dignitas es la honesta autoridad de alguno digno de honra y acatamiento. Es debido honor y loor y nombre y gloria, soberano acatamiento” (citado por Marina y De La Válgoma 2000, 144).

⁴⁸ Montesinos, Antón de. “Sermón del cuarto domingo de adviento de 1511”, según la reproducción de Las Casas 1965, t. II, lib. 3, cap. 4; p. 441. Cf. Defensoría del Pueblo de Colombia 2008, n. 2.

términos: “Todos somos hermanos, ¿de dónde, pues, la riqueza y la pobreza?. Entregadnos, ricos del siglo, avaros usurpadores, entregadnos estos bienes que retenéis injustamente”. “Queridos hermanos [los campesinos], ¿hasta cuándo estaréis dormidos?”⁴⁹.

1.1.4. Las rutas del sujeto

El camino de construcción de la modernidad, que condujo desde el Renacimiento hasta la Ilustración, constituyó un proceso de afianzamiento del sujeto.

Uno de los grandes hitos que, todavía en el siglo XVI, contribuyó abundantemente a la difusión social de la importancia de la individualidad fue la Reforma protestante, cuya doctrina del libre examen –según la cual los cristianos se encuentran facultados para interpretar la Escritura según sus propias luces y, por ende, con independencia respecto de la autoridad eclesial– puede perfectamente ser pensada como una tematización teológica de la ascendente subjetividad⁵⁰. El protestantismo, en términos más generales, enfatizó la potencialidades de la conciencia individual del creyente de cara a la relación con Dios y, consecuentemente, diluyó la densa mediación que la institución jerárquica había reclamado y desempeñado en la misma durante la cristiandad medieval.

En la secuencia de la visión renacentista del hombre como centro del mundo cabe igualmente destacar el “*cogito, ergo sum*” cartesiano, formulación filosófica radical del apasionamiento del hombre moderno por la subjetividad⁵¹. El sistema de Descartes (1596-1650) llegó a presentar una cosmovisión tan orgullosamente antropocéntrica que, en él, toda la realidad se explica a partir de la razón del hombre, dueño de la naturaleza.

El período barroco, que se extiende aproximadamente desde comienzos del siglo XVII hasta mediados del XVIII, estuvo imbuido de un cierto pesimismo en general y sobre el hombre en

⁴⁹ Citado por Torija 2008, 9.

⁵⁰ Cf. De León 2007.

⁵¹ No lo es menos la de Fichte: “La filosofía nos enseña a buscar todo en el yo” (Fichte 2008, 1).

particular, por lo que la idea renacentista de dignidad vio disminuido en alguna medida el formidable entusiasmo que en ella habían depositado los autores humanistas⁵².

Persistió, sin embargo, esa naciente idea de dignidad no sólo en pensadores como Pascal⁵³ (1623-1662), sino también, lo que es más importante para nosotros, en el iusnaturalismo racionalista, iniciado por Grocio a raíz de la experiencia de las guerras de religión como un proyecto de secularización del anterior derecho natural, de base teológica. En su pensamiento el Estado aparece como órgano de una ley natural común a todos los hombres y cuyo fundamento, en última instancia, es el hombre mismo en su naturaleza racional y social⁵⁴. Grocio sostuvo que los contenidos tanto de esa ley natural como del derecho internacional que de ella se sigue son válidos *etsi Deus non daretur*⁵⁵. Pues bien, en esa perspectiva del iusnaturalismo racionalista, autores como Pufendorf (1632-1694), Burlamaqui (1694-1748) o Wolff (1679-1754) construyeron sus sistemas jurídicos, en gran medida, a partir de la idea de dignidad y en un lenguaje cargado de resonancias anticipatorias del discurso kantiano⁵⁶.

Hemos de citar, finalmente, el aporte llevado a cabo por la tradición contractualista, estrechamente emparentada con el iusnaturalismo racionalista. Enfoques del fenómeno político como los planteados por Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704) y Rousseau (1712-1778) tuvieron gran relevancia de cara a la consolidación del individualismo característico de la modernidad. El poder político, según el contractualismo, no goza de consistencia propia, sino que su constitución viene dada por el acuerdo entre las voluntades expresadas por los individuos, que

⁵² Cf. Peces-Barba 2002, 27-28 y 39-40.

⁵³ “No es en el espacio donde he de buscar mi dignidad, sino en la ordenación de mi pensamiento. No tendría más poseyendo tierras. Por el espacio el universo me comprende y me traga como un punto: por el pensamiento yo lo comprendo”. “El hombre está hecho visiblemente para pensar. He ahí toda su dignidad y todo su mérito” (Pascal 2008, fragm. 113 y 620; cf. fragm. 200 y 756).

⁵⁴ Cf. Jiménez de Parga 2008, 137.

⁵⁵ “Todas estas reglas que acabamos de mencionar habrían tenido lugar de todos modos, aún cuando sostuviéramos –a pesar de ser un crimen horrible– que Dios no existe o que... se desinteresa de los asuntos humanos” (Grocio, Hugo. *Tratado de la guerra y de la paz*, citado por Villey 2008, 17).

⁵⁶ Así, por ejemplo, Samuel von Pufendorf escribía en *Los deberes del hombre y del ciudadano* que las facultades del hombre le sitúan “muy por encima de los animales, quiero decir aquéllas que tienen como principio las luces del entendimiento y la determinación de la voluntad”, por lo que la palabra “hombre supone en el lenguaje ordinario la idea de grandeza, de dignidad” (citado por Peces-Barba 2002, 41-42).

representan la realidad propiamente originaria o natural y a quienes corresponden unos derechos igualmente naturales y, por lo mismo, prepolíticos⁵⁷.

La Ilustración habría de traer consigo un nuevo afianzamiento del ideal de la subjetividad y un relanzamiento del optimismo antropológico. Éste pretendió fundarse en las inexploradas capacidades de la razón, aunque ya no se trataba de la deductiva, al modo cartesiano, sino de la propugnada por Newton, consistente en la generalización conceptual de los datos de la experiencia, obtenidos mediante la observación prescrita por el método empírico.

Fue a esa razón a la que se encomendó la labor de desenterrar la espontaneidad de la naturaleza del taponamiento a que la tenían sometida las superestructuras históricas heredadas: la autodenominada época de las Luces, tuvo, de hecho, una orientación fuertemente antitradicionalista. Por lo demás, el proyectado cultivo de la razón habría de tener como consecuencia no sólo el florecimiento de las ciencias, de la filosofía y de la religión civil, sino también una nueva y muy prometedora forma de vida social tanto en el orden económico como en el político: la ilimitada confianza en la razón gestó el mito del progreso indefinido.

Ha de decirse que en esta ocasión se encontraba en marcha una revolución profunda y extensa, que, a diferencia de la escolástica y de la renacentista, no afectó únicamente a los círculos letrados, sino que descendió hasta las clases medias e incluso llegó, aunque todavía sin empararlos, hasta los medios populares⁵⁸.

1.1.5. La moderna teorización kantiana

A. Una referencia obligada

Tanto a propósito de la encrucijada antropológica tomasiana como de la concepción renacentista del hombre representada por Pico della Mirandola o de las construcciones jurídicas del

⁵⁷ “El estado de naturaleza tiene una ley natural por la que se gobierna y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones” (Locke 1976, cap. II, pár. 6; p. 6).

⁵⁸ Cf. Abbagnano 1973, II, 333; Sciacca 1962, 380-384; Fraile 1966, III, 394.

iusnaturalismo racionalista hemos aludido a Kant (1724-1804) como término del proceso de emergencia histórica o progresiva maduración de la moderna y actual concepción de la dignidad humana. El pensamiento kantiano, en efecto, constituyó una muy afortunada síntesis que vino a poner un broche de oro a esa tradición cultural que hemos pretendido esbozar.

Es igualmente cierto, además, que la concepción kantiana de la dignidad ha logrado acreditarse como tesis u obligada referencia para los desarrollos y problemas posteriores, también los actuales ⁵⁹. No es fruto ni del azar ni del convencionalismo arbitrario, sino del vigor de su teoría, el hecho de que la influencia ejercida por Kant en los campos de la filosofía política, de la teoría del derecho y de la jurisprudencia constitucional haya llegado a ser determinante en nuestros días.

Ya Durkheim (1858-1917), durante su participación en el debate sobre el *affaire* Dreyfus, que tan profundamente convulsionó la sociedad francesa de finales del siglo XIX, no dudó en apelar al pensamiento de Kant como modelo autorizado de una concepción de la persona que “la «Declaración de los derechos del hombre» ha intentado más o menos satisfactoriamente traducir en fórmulas” ⁶⁰.

Igualmente encontramos que, a través de Dürig ⁶¹ (1920-1996), la prohibición kantiana de instrumentalización de la persona ha sido recibida en el derecho constitucional alemán, hasta el punto de que el respeto de la dignidad viene a coincidir con una de las formulaciones del imperativo categórico ofrecidas por Kant, lo que implica, según esa jurisprudencia, que queda vulnerada cada vez que el ser humano es tratado como mero objeto.

La muy influyente teoría de Rawls (1921-2002) sobre la justicia como imparcialidad se edifica a partir de la “posición original”, que constituye una interpretación de la tesis kantiana según la cual sólo es moral la legislación adoptada bajo las condiciones de libertad y racionalidad que

⁵⁹ Cf. Gutiérrez 2005, 195.

⁶⁰ Durkheim 2008.

⁶¹ “La dignidad humana como tal es violada cuando el hombre concreto resulta degradado a la condición de objeto, como simple medio para otros fines o como una cantidad susceptible de ser reemplazada” (Dürig, Günter. *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, citado por Gutiérrez 2005, 29, nota 25). Cfr. *BverfGE* 27, 1 (6); 28, 389 (391); 50, 166 (175); 50, 205 (215).

caracterizan a las personas humanas. Los principios de la igual libertad y de la diferencia ⁶² acordados en tal posición por participantes mutuamente desinteresados expresan la naturaleza de éstos en tanto que seres libres y racionales sujetos a las condiciones generales de la vida humana. “La posición original –resume el propio autor– puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de la autonomía y del imperativo categórico” ⁶³ o, en términos de Cortina, como “la procedimentalización del concepto [kantiano] de persona” ⁶⁴.

Procede también traer a colación que Dworkin ⁶⁵ vincula estrechamente “los derechos en serio” con la dignidad, al tiempo que remite a la comprensión kantiana de la misma:

Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio... debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea, asociada con Kant..., supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto (...) Tiene sentido decir que un hombre tiene un derecho fundamental en contra del Gobierno, en el sentido fuerte, como la libertad de expresión, si ese derecho es necesario para proteger su dignidad, o su

⁶² Ambos (cf. sus formulaciones en las pp. 82, 340-341) integran una “concepción general” que reza así: “Todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo– han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados” (Rawls 1978, 341).

⁶³ Rawls 1978, 293; cf. 287-294. Pueden verse cuatro diferencias entre el constructivismo moral de Kant y el constructivismo político de la justicia como equidad en Rawls 1996, 130-132.

⁶⁴ Cortina 2007a, 189. “La posición original constituye la dramatización, en términos de teoría de los juegos, de las condiciones ideales que otras éticas jurídicas o políticas han expresado a través de reglas formales..., como lo han hecho, por ejemplo, R. Alexy o J. Habermas con las reglas del discurso práctico. Imaginemos, pues, una situación de juego dotada de las condiciones formales que aseguran la objetividad de los resultados (= su concordancia con la sensibilidad de los miembros de las sociedades democráticas en torno a la justicia): es una situación imparcial entre seres libres e iguales, que ignoran el lugar que ocuparán en la sociedad y también sus peculiaridades psíquicas y físicas (= velo de ignorancia), hecho por el cual no podrán perseguir en la deliberación sus intereses concretos. Naturalmente, una descripción semejante nos enfrenta, sin más preámbulos, con el hombre nouménico kantiano” (Cortina 2007a, 195; cf. Cortina 2007b, 282).

⁶⁵ Quien se apoya, al menos parcialmente, en la filosofía política de Rawls (cf. Calsamiglia 1984, 7). Dworkin, desde luego, a la hora de destacar la importancia que tiene para el derecho constitucional tomarse en serio los derechos en contra del Estado, recomienda: “El profesor Rawls de Harvard... ha publicado un libro sobre la justicia, abstracto y complejo, que, ningún abogado constitucionalista puede dejar de leer” (Dworkin 1984, 233).

*'status' como acreedor a la misma consideración y respeto o algún otro valor personal de importancia similar; de cualquier otra manera no tiene sentido.*⁶⁶

Alexy sostiene que “la tesis según la cual los derechos individuales no son sólo medios para fines colectivos... puede apoyarse en la dignidad y en la autonomía de la persona, es decir, puede ser fundamentada en sentido kantiano”⁶⁷.

Ferrajoli, por su parte, enuncia cuatro criterios axiológicos susceptibles de cimentar los derechos fundamentales, a saber: vida, dignidad, libertad y supervivencia, “todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio, según la clásica máxima de la moral kantiana”⁶⁸. Esa misma máxima, según él, permite expresar la doctrina ética relativa al igual valor de todas las personas sobre la que se apoya el universalismo del principio de la igualdad y de los derechos⁶⁹.

Nogueira Alcalá construye su teoría y dogmática de los derechos fundamentales sobre una idea de dignidad de fuerte sabor kantiano, puesto que “las personas nunca pueden ser instrumentos, sino que por su dignidad reclaman un respeto de ser siempre sujetos y no objetos, por ser siempre fines en sí mismos”⁷⁰.

Quisiéramos, por último, dejar constancia de que, a la hora de definir la dignidad humana sobre la que el artículo 1 de la *Constitución política de Colombia* declara fundado ese Estado, su Corte

⁶⁶ Dworkin 1984, 295. “Usted no puede actuar de una manera que desprecie la importancia intrínseca de cualquier vida humana sin ofender al mismo tiempo su propia dignidad. Ésta es una idea familiar en la filosofía moral. Aparece contenida en la afirmación de Immanuel Kant según la cual el respeto por nuestra propia humanidad implica el respeto por la humanidad como tal; Kant sostenía que quien trata a los demás como meros medios cuyas vidas carecen de importancia intrínseca menosprecia también su propia vida” (Dworkin 2008, 32-33).

⁶⁷ Alexy 1993, 111, nota 79.

⁶⁸ Ferrajoli 2001b, 315.

⁶⁹ Cf. Ferrajoli 2001b, 365. También en un trabajo sobre la pena privativa de libertad a perpetuidad acude al imperativo moral kantiano para esclarecer el significado de la dignidad humana (cf. Ferrajoli 2007).

⁷⁰ Nogueira 2003, 145.

Constitucional ha recurrido textualmente a la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* de Kant y su imperativo categórico ⁷¹.

He ahí, pues, una muestra de textos modernos y contemporáneos que permite comprobar hasta qué punto es cierto que

...la comprensión de la dignidad humana en el contexto constitucional sigue teniendo como elemento central la aportación kantiana a la imagen del hombre. El constitucionalismo bien puede remontarse a muy diversas, a veces remotas, fuentes históricas e ideológicas. Pero la síntesis kantiana, en el contexto histórico preciso de los orígenes del movimiento político que lo puso en pie, hace algo más que transportar los distintos elementos singulares a una nueva fase (...) Si «lo que se puede llamar constitucionalismo occidental (como modelo más que como espacio físico) se puede considerar como el constitucionalismo del sujeto», no cabe desconocer que es Kant quien pone teóricamente en pie la construcción dogmática que da cuenta de las transformaciones de diverso orden que explican su nuevo protagonismo. ⁷²

En conclusión, resulta completamente necesario para nuestro propósito de estudio del Estado constitucional democrático y social como objetivación jurídica de la dignidad humana que abramos ahora un espacio de presentación de la filosofía kantiana, aunque, dadas su amplitud y complejidad, intentaremos ceñirla cuanto sea posible al tema que nos ocupa.

B. Antropología y ética de la dignidad: el imperativo categórico

Comencemos por señalar que, según Kant, la imposibilidad de estructurar mecánica o instintivamente la existencia, como sucede con los animales, se debe a una disposición propia del modo de ser del hombre, puesto que la naturaleza –que él entiende teleológicamente, es decir,

⁷¹ De allí concluye que “el hombre, en síntesis, tiene dignidad porque es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él” (Corte Constitucional de Colombia 1993, II, 3^a); puede igualmente verse Corte Constitucional de Colombia 2003. También son fácilmente identificables los ecos kantianos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español cuando propugna “la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (Tribunal Constitucional de España 2000). A propósito del acoso sexual padecido por las mujeres, ese mismo Tribunal ha considerado que “no puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende cosificarla [a la mujer], tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal” (Tribunal Constitucional de España 1999, fundamentos jurídicos, 5).

⁷² Gutiérrez 2005, 196. La cita incorporada es de De Cabo 2001, 26.

como portadora de una voluntad– no le permite otra felicidad o perfección que la que él mismo se procure mediante su razón ⁷³. Una tal percepción de la condición humana se sitúa, evidentemente, en un nivel estrictamente antropológico, es decir, relativo al ser del hombre, pero constituye una condición de posibilidad de su ulterior planteamiento moral, que le va a conducir a una antroponomía, o sea, tanto a una imagen normativa del hombre o ideal de la humanidad en su perfección moral como a una afirmación del intrínseco carácter axiológico de la misma ⁷⁴.

Antes de introducirnos en la cuestión moral, conviene traer a colación, todavía en el plano antropológico, la que podríamos denominar dialéctica kantiana de la sociabilidad. Se trata del antagonismo de la

insociable sociabilidad de los hombres, esto es, el que su inclinación a vivir en sociedad sea inseparable de una hostilidad que amenaza constantemente con disolver esa sociedad (...) El hombre tiene una tendencia a socializarse, porque en tal estado siente más su condición de hombre, al experimentar el desarrollo de sus disposiciones naturales. Pero también tiene una fuerte inclinación a individualizarse (aislarse), porque encuentra simultáneamente en sí mismo la insociable cualidad de doblegar todo a su mero capricho..., [intentando] procurarse una posición entre sus congéneres, a los que no puede soportar, pero de los que tampoco es capaz de prescindir. ⁷⁵

La ética de Kant, por su parte, posee un carácter netamente deontológico, pues, según él, lo único que puede ser considerado como bueno sin ningún tipo de restricción es la buena voluntad, que no depende ni de las inclinaciones ni de los propósitos perseguidos por los actos realizados, sino únicamente del querer, o sea, de sí misma, resultando, pues, autónoma.

El concepto de buena voluntad se encuentra contenido en el del deber, lo que significa que el valor moral de una acción se determina única y exclusivamente en función de la máxima – principio del deber– por la que ha sido adoptada, comportando la total exclusión de cualquier consideración relativa a la realidad del objeto de la acción porque, en caso contrario, la voluntad se encontraría heterónomamente determinada. “El deber es la necesidad de una acción por

⁷³ “El hombre no debía ser dirigido por el instinto o sustentado e instruido por conocimientos innatos; antes bien, debía extraerlo todo de sí mismo” (Kant 1994a, 7).

⁷⁴ Cf. Cortina 1994, LXXXIV-LXXXV.

⁷⁵ Kant, 1994a, 8-9.

respeto a la ley (...) No queda, pues, otra cosa que pueda determinar la voluntad que, objetivamente, la ley y, subjetivamente, el respeto puro a esa ley práctica y, por lo tanto, la máxima de obedecer siempre a esa ley”⁷⁶. La especificidad de los seres racionales consiste precisamente en la voluntad, que es la facultad que tienen tales seres de determinarse a sí mismos a obrar en conformidad con la representación de ciertas leyes o, lo que es igual, de ser autónomos.

Ahora bien, puesto que para que la voluntad pueda llamarse absolutamente buena ha de ser perfectamente autónoma o estar totalmente incondicionada, es decir, exenta de cualquier consideración particularista, entiende Kant que la moralidad tiene como condición la legalidad universal: sólo debe obrarse de un modo tal que pueda quererarse que la máxima de la propia acción se convierta en ley para todos los seres racionales. Estamos ante aquella formulación del imperativo categórico –el que, a diferencia del hipotético, presenta una acción como buena en sí misma y, por lo tanto, como objetivamente necesaria para una voluntad conforme con la razón– que se denomina principio de universalidad. “Sólo hay un imperativo categórico y dice así: obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”⁷⁷. Sólo son morales, por lo tanto, las máximas universalizables o, dicho de otro modo, aquellas se dan a sí mismos los individuos que, por tener una voluntad perfectamente autónoma, se comportan de manera propiamente racional.

Sin embargo, nada de lo dicho implica –sigue razonando Kant– que tal imperativo realmente exista, puesto que todavía no ha sido identificado algo que, por poseer un valor absoluto, comprometa absolutamente la obediencia y, en consecuencia, pueda y deba ser considerado como el fundamento del imperativo categórico. Pues bien,

ahora yo digo que el hombre, y, en general, todo ser racional, existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad, y debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo sino las dirigidas también a los demás seres racionales (...)

⁷⁶ Kant 2007c, 6; cf. 1-5 y 21.

⁷⁷ Kant 2007c, 17.

*Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad sino en la naturaleza tienen, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como simples medios, y por eso se llaman cosas. En cambio, los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio y, por tanto, limita todo capricho en este sentido (y es, en definitiva, objeto de respeto). No son éstos, pues, fines subjetivos cuya existencia tiene un valor para nosotros como efecto de nuestra acción, sino que son fines objetivos, es decir, seres cuya existencia es un fin en sí misma, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debiera éste servir de medio.*⁷⁸

Quisiéramos hacer notar que semejante afirmación del hombre como fin en sí mismo no recibe ninguna ulterior justificación, a no ser aquella que consiste en argumentar que “así se representa el hombre necesariamente su propia existencia”⁷⁹, con lo cual el filósofo de Königsberg está reconociendo que la autoconciencia de la dignidad, como no podría ser de otro modo, posee un carácter axiomático en su pensamiento.

Así, la identificación de la humanidad como una dignidad, operada en razón de su condición racional, aboca a Kant a la nueva formulación del imperativo categórico que recibe el nombre de principio de humanidad: “Obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio”⁸⁰. Es precisamente a esa condición de ser fin en sí mismo o de ser absoluta e intrínsecamente valioso que corresponde a todo ser racional a la que Kant denomina dignidad⁸¹.

⁷⁸ Kant 2007c, 22. “La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por cualquier hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas” (Kant 1989, 335).

⁷⁹ Kant 2007c, 22.

⁸⁰ Kant 2007c, 22. Con razón suele hablarse del formalismo de la ética kantiana, pues ésta no establece contenidos, sino que se limita a señalar las condiciones de la moralidad de las máximas: “Para comprobar si una norma es o no moral, cada sujeto debe someterla a un procedimiento formal: indagar si tiene la forma de la razón, es decir, si es universal, incondicionada, si se refiere a personas considerándolas como fines y si tiene en cuenta no sólo a cada individuo, sino al conjunto de ellos” (Cortina 2007a, 124).

⁸¹ “En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene dignidad (...) aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo no tiene valor meramente relativo o precio, sino que tiene un valor interno, es decir, dignidad” (Kant 2007c, 26). Cf. Kant 2007b, 176.

En su planteamiento resulta evidente que todos los individuos humanos son igualmente dignos en tanto que seres autónomos o racionales, lo que remite a la conocida distinción entre el hombre fenoménico y el hombre nouménico. Tal diferenciación permite establecer que ninguna de las posibles formas de desigualdad en la constitución sensible –equivalente a la que Rawls denomina la lotería natural y social en su teoría de la justicia– afecta en modo alguno a la igual dignidad.

Un asunto diferente es el relativo a la incidencia del propio comportamiento sobre la dignidad. Puesto que Kant, como hemos dicho, elabora una antroponomía, en su perspectiva resulta perfectamente posible la acción que, consistiendo en una relación con la propia humanidad o con la ajena en términos de mero medio, transgrede la visión normativa o ideal moral del hombre, resultando así ser indigna ⁸².

En este contexto relativo al principio de humanidad resulta de gran importancia destacar que la dignidad de cada ser humano, ser “capaz de tener derechos” ⁸³, aparece a ojos de Kant como fundamento de la universal exigibilidad de los mismos y de los correlativos deberes ajenos. La violación de los derechos de una determinada persona implica el desprecio de su condición de fin en sí mismo, pues “el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar la persona ajena como un simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres racionales que son, deben ser estimados al mismo tiempo como fines en sí” ⁸⁴.

Más aún, la conciencia de la universal dignidad de los seres humanos no tiene el mero significado negativo de inhibir la vulneración de sus derechos, sino que igualmente desemboca en una actitud de benevolencia e incluso de amor hacia todos ellos. Si la representación del sujeto como un fin en sí mismo “ha de ejercer sobre mí todo su efecto”, argumenta Kant, “sus fines deben ser, en la

⁸² “A un hombre honrado, en la mayor de las desgracias de la vida, desgracia que hubiera podido evitar sólo con haber podido saltar por encima del deber, ¿no le mantiene siempre firme la conciencia de haber conservado su dignidad y honrado la humanidad en su persona...?” (Kant 2007a, 128).

⁸³ Kant 2004b, 206.

⁸⁴ Kant 2007c, 3.

medida de lo posible, también los míos”⁸⁵. Cuando el sentimiento de la dignidad de la naturaleza humana se hace perfectamente presente en el corazón de alguien, “este hombre se amará y se estimará, pero solamente como uno de aquellos a los cuales se extiende su vasto y noble sentimiento”⁸⁶, superando de ese modo la dialéctica de su insociable sociabilidad. Que la antroponomía kantiana de la autonomía personal resulta completamente ajena al individualismo egocéntrico parece, pues, deber concluirse de lo inmediatamente dicho, pero también del hecho de que en la persona autónoma, en razón de su capacidad de darse a sí misma leyes generalizables, vienen a trabarse lo individual y lo universal⁸⁷. Esto nos remite ya al siguiente momento de la argumentación.

Un nuevo paso conduce a Kant al principio de autonomía como tercera formulación del imperativo categórico: “Ahora bien, el sujeto de todos los fines, según el segundo principio, es todo ser racional como fin en sí mismo, de donde se sigue un tercer principio práctico de la voluntad..., a saber, la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora”⁸⁸. Tal formulación posibilita algunas ulteriores especificaciones que revisten gran interés y que, por lo mismo, vale la pena transcribir:

De esta manera, la voluntad no está sometida sin más a la ley, sino que lo está de manera que puede ser considerada autolegisladora, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a aquella ley de la que ella misma es autora (...) La moralidad es aquella condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo, puesto que sólo por ella es posible ser miembro legislador en un reino de los fines (...) Todo ser racional como fin en sí mismo debe poderse considerar, con respecto a todas las leyes a que pudiera estar sometido, legislador universal,

⁸⁵ Kant 2007c, 23. “...la alienación espiritual y la indigencia material del otro supone también alienación e indigencia propias (...) el imperativo auténticamente moral (perfectamente conforme al rigorismo kantiano) consistente en que tu existencia no transcurra sin haber contribuido a que desaparezca del horizonte esa plaga, perfectamente contingente (es decir, no inherente a todo orden y a toda sociedad), que es la figura de un humano reducido a la mendicidad” (Gómez Pin, Víctor. *La dignidad. Lamento de la razón repudiada*, citado por Gutiérrez 2005, 215).

⁸⁶ Kant 2007b, 217. “Los conceptos científico-sociales de la identidad comprueban además otra idea jurídica: en la dignidad humana se concibe de entrada también la relación con el tú. El reconocimiento de la «igual dignidad humana del otro» constituye el puente dogmático hacia la adecuación relativa al tú de la dignidad humana del «uno»” (Häberle 2003, 171-172).

⁸⁷ Cf. Cortina 2007b, 282.

⁸⁸ Kant 2007c, 23-24.

*porque justamente esa aptitud de sus máximas para la legislación universal lo distingue como fin en sí mismo, al igual que su dignidad (prerrogativa) sobre todos los simples seres naturales lleva consigo el tomar siempre sus máximas desde su propio punto de vista y, al mismo tiempo, desde el de los demás seres racionales como legisladores (que por eso se llaman personas). Y de esta manera es posible un mundo de seres racionales ('mundus intelligibilis') como reino de los fines por la propia legislación de todas las personas que son miembros de él.*⁸⁹

He ahí, pues, tres formulaciones del imperativo categórico –con las correspondientes relaciones entre las mismas– que resulta adecuado al ideal moral considerado por Kant a la altura de la humanidad.

C. La Ilustración como progreso en el respeto de la dignidad

El filósofo de Königsberg, por otra parte, estaba convencido de que la realización de tal ideal se encontraba en marcha en el tiempo que le tocó vivir y que era, por eso mismo, el llamado Siglo de la Luz. De hecho, en su definición de la Ilustración resuenan vigorosamente los conceptos de razón, autonomía, libertad, persona y dignidad.

*Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo (...) Sapere aude! ¡Ten valor para servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración (...) Para esta ilustración tan sólo se requiere libertad y, a decir verdad, la más inofensiva de cuantas puedan llamarse así: el hacer uso público de la propia razón en todos los terrenos (...) Cuando la naturaleza ha desarrollado... ese germen..., a saber, la propensión y la vocación hacia el pensar libre, ello repercute sobre la mentalidad del pueblo (merced a lo cual éste va haciéndose cada vez más apto para la libertad de actuar) y finalmente acaba por tener un efecto retroactivo hasta sobre los principios del gobierno, el cual incluso termina por encontrar conveniente tratar al hombre, quien ahora es algo más que una máquina, conforme a su dignidad.*⁹⁰

Así se expresaba Kant en 1784 y, por consiguiente, nada tiene de extraño que entendiera la revolución francesa como consecuencia de “una disposición moral de la especie humana”,

⁸⁹ Kant 2007c, 24, 26 y 28.

⁹⁰ Kant 2004a, 83, 85 y 93.

atribuyendo el entusiasmo revolucionario al “derecho que tiene un pueblo de no verse impedido por otras fuerzas a darse una Constitución civil que él mismo cree buena”⁹¹.

Tenemos, pues, que la Ilustración aparece a los ojos de Kant como un proceso emancipatorio que, recurriendo, sobre todo, a la libertad de uso público de la propia razón, conduce al hombre desde la heteronomía hasta la autonomía. Dicho proceso significaría progreso en el respeto efectivo a las condiciones exigidas por la dignidad humana, que representaría el ideal moral de la modernidad.

D. Los principios del derecho

Trazadas las líneas maestras de la antropología y de la antropología kantianas en lo atinente a la dignidad de la persona, así como el significado moral de la Ilustración, necesitamos ahora adentrarnos en el análisis de las principales consecuencias político-jurídicas que de ahí se desprenden.

Digamos, pues, que el gobierno conforme a la dignidad humana anteriormente aludido es aquel que opera sobre los siguientes principios *a priori* en que se funda, según Kant, el estado civil o político como estado jurídico: “1) La libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre. 2) La igualdad de éste con cualquier otro, en cuanto súbdito. 3) La independencia de cada miembro de una comunidad, en cuanto ciudadano”⁹². En consonancia con tales principios propuso Kant su modelo de constitución republicana⁹³. La raíz de todo el orden jurídico o el

⁹¹ Kant, Immanuel. *Si el género humano se halla en constante progreso hacia lo mejor*, citado por Bobbio 1991, 132.

⁹² Kant 2004b, 197; cf. Gutiérrez 2005, 197.

⁹³ La constitución republicana es aquella establecida sobre los siguientes fundamentos: “1º, principio de la libertad de los miembros de una sociedad (como hombres); 2º, principio de la dependencia en que todos se hallan de una única legislación común (como súbditos); 3º, principio de la igualdad de todos (como ciudadanos). Es la única constitución que nace de la idea del contrato originario, sobre el cual ha de fundarse toda la legislación de un pueblo. Semejante constitución es republicana. Ésta es, pues, en lo que al derecho se refiere la que sirve de base primitiva a todas las especies de constituciones políticas” (Kant 2007d, 6-7).

principio general del derecho ⁹⁴ viene a ser, por consiguiente, la igual autonomía: la libertad de cada uno compatible con la libertad de todos.

Ahora bien, al principio legal de la libertad corresponden, como puede apreciarse, dos vertientes, a saber: la libertad de los miembros de la sociedad en cuanto hombres y su libertad en cuanto ciudadanos.

La primera de ellas recibe la siguiente formulación: “Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)” ⁹⁵.

Es, en realidad, toda la tradición del liberalismo político la que ha convertido en un verdadero baluarte la negativa a reconocer a la autoridad política hasta el más mínimo derecho a inmiscuirse en los asuntos relativos a la felicidad. También Constant, por ejemplo, escribió con punzante ironía en ese mismo sentido: “Los depositarios de la autoridad... nos dirán: «¿Cuál es, en el fondo, el objetivo de todos sus esfuerzos, el motivo de sus trabajos, el objeto de sus esperanzas? ¿Acaso no es la felicidad? Déjennos, pues, hacer esa felicidad, y nosotros se la daremos». No, señores, no les dejemos hacer. Por muy emotivo que resulte tan tierno interés, pidamos a la autoridad que permanezca dentro de sus límites. Que se contente con ser justa, nosotros nos encargaremos de ser felices” ⁹⁶.

⁹⁴ “Obra exteriormente de tal modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal” (Kant 1873, 42-43). Kant “desarrolla desde el principio su teoría del derecho en el marco de una teoría moral. El principio general del derecho... resulta... del imperativo categórico” (Habermas 1998, 579).

⁹⁵ Kant 2004b, 206. “Un gobierno paternalista..., en el que los súbditos, como niños menores de edad..., se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe del Estado cómo deban ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor despotismo imaginable” (Kant 2004b, 207).

⁹⁶ Constant 1997, 616-617.

La libertad del ciudadano, por su parte, es la libertad “en tanto que colegislador”⁹⁷, porque “la piedra de toque de todo cuanto puede acordarse como ley para un pueblo se cifra en esta cuestión: ¿acaso podría un pueblo imponerse a sí mismo semejante ley?”⁹⁸.

No obstante, hemos de precisar, en primer lugar, que no nos encontramos ante ninguna fórmula de democracia directa, sino sólo en presencia de una idea regulativa de la razón práctica destinada a obligar al legislador a dictar sus leyes como si pudieran haber emanado de la voluntad popular⁹⁹. Kant, desde luego, se cuida mucho de distinguir la constitución republicana de la democracia, defiende que la monarquía y la aristocracia son susceptibles tanto de respetar la separación de los poderes como de desarrollar los referidos principios *a priori* del derecho y propugna el más alto grado posible de representación política.

Para no confundir la constitución republicana con la democrática –como suele acontecer– es necesario observar lo siguiente: las formas de un Estado –‘civitas’– pueden dividirse o bien por la diferencia de las personas que tienen el poder soberano o bien por la manera como el soberano –sea quien fuere– gobierna al pueblo. La primera es propiamente forma de la soberanía – ‘forma imperii’–, y sólo tres son posibles, a saber: que la soberanía la posea «uno» o «varios» o «todos» los que constituyen la sociedad política, esto es «autocracia», «aristocracia», «democracia». La segunda es forma de gobierno – ‘forma regiminis’–, y se refiere al modo como el Estado hace uso de la integridad de su poder... En este respecto sólo caben dos formas: la «republicana» o la «despótica». El republicanismo es el principio político de la separación del poder ejecutivo –gobierno– y del poder legislativo; el despotismo es el principio del gobierno del Estado por leyes que el propio gobernante ha dado; es, pues, la voluntad pública manejada y aplicada por el regente como voluntad privada. De las tres formas posibles del Estado, es la democracia –en el sentido estricto de la palabra– necesariamente despotismo, porque funda un poder ejecutivo en el que todos deciden sobre uno y hasta a veces contra uno –si no da su consentimiento–; todos, por tanto, deciden, sin ser

⁹⁷ Kant 2004b, 212. “La idea de una constitución en consonancia con el derecho natural de los hombres” comporta “que quienes obedecen la ley deber ser simultáneamente colegisladores” (Kant, 1994b, 95).

⁹⁸ Kant 2004a, 89.

⁹⁹ “Si esa ley es de tal índole que resultara imposible a todo un pueblo otorgarle su conformidad..., entonces no es legítima; pero si es simplemente posible que un pueblo se muestre conforme con ella, entonces constituirá un deber tenerla por legítima, aun en el supuesto de que el pueblo estuviese ahora en una situación o disposición de pensamiento tales que, si se le consultara al respecto, probablemente denegaría su conformidad” (Kant 2004b, 216-217).

en realidad todos, lo cual es una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad (...)

*Una forma de gobierno que no sea representativa no es forma de gobierno (...) Aún cuando las otras dos constituciones son siempre defectuosas, en el sentido de que dan lugar a una forma de gobierno no representativa, sin embargo, es en ellas posible la adopción de una forma de gobierno adecuada al «espíritu» del sistema representativo (...) Es cambio, es imposible en la constitución democrática, porque todos quieren mandar. Puede decirse, por tanto, que cuanto más escaso sea el personal gobernante –o número de los que mandan–, cuanto mayor sea la representación que ostentan los que gobiernan, tanto mejor concordará la constitución del Estado con la posibilidad del republicanismo (...) Por los dichos motivos resultará más difícil en la aristocracia que en la monarquía, e imposible de todo punto en la democracia, conseguir llegar a la única constitución jurídica perfecta.*¹⁰⁰

En relación con la libertad de los ciudadanos ha de dejarse constancia, en segundo lugar, de la muy restrictiva definición kantiana de la ciudadanía activa o plena mediante la atribución del derecho de sufragio únicamente al grupo de los varones económicamente independientes, lo que excluye de la misma, lógicamente, a todas las mujeres y a todos los asalariados, que de ese modo se verían reducidos a la condición de miembros pasivos del Estado. Escribe nuestro autor a propósito del derecho de voto:

*La única cualidad exigida para ello, aparte de la cualidad natural –no ser niño ni mujer–, es ésta: que uno sea su propio señor ('sui iuris') y, por tanto, que tenga alguna propiedad (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga; es decir, que en los casos en que haya de ganarse la vida gracias a otros lo haga sólo por venta de lo que es suyo, no por consentir que otros utilicen sus fuerzas.*¹⁰¹

Por más que haya de admitirse que, probablemente, la actitud de Kant hacia la democracia estuvo muy influida por las derivas radicales de la revolución francesa¹⁰², podemos, pues, concluir que las consecuencias institucionales extraídas de su antroponomía y de los correspondientes principios jurídicos resultaron ser muy insuficientes, al menos si se consideran a la luz de las

¹⁰⁰ Kant 2007d, 7-8.

¹⁰¹ Kant 2004b, 213-214. Eso, además, en un contexto en el que, según Kant, la igualdad en cuanto súbditos (igualdad jurídica) resulta “perfectamente compatible con la máxima desigualdad, cuantitativa o de grado, en sus posesiones” (Kant 2004b, 208).

¹⁰² Cf. Fioravanti 2001, 125.

evoluciones políticas posteriores, así como que su republicanismo tuvo el perfil típicamente burgués del constitucionalismo decimonónico, al que más adelante nos referiremos.

No es menos cierto, como queda dicho, que su discurso sobre la dignidad resultó ser lo suficientemente pujante como para haber tenido la fortuna de convertirse en la referencia central de la filosofía política y del pensamiento jurídico en lo que a nuestro tema respecta. Se reconoce a Kant, por esa vía, el mérito de haber dado adecuada expresión a la autoconciencia del ser humano moderno y al ideal moral que es la modernidad.

1.1.6. La dignidad ontológica: una autoconciencia compartida en la modernidad

Kant, en efecto, llevó a cabo una vigorosa articulación conceptual de la conciencia que la persona moderna tiene de sí misma como titular de dignidad. Se trata de una concepción del ser humano en cuanto tal o, dicho de otro modo, independiente de toda otra consideración, por lo cual, en contraposición a la idea antigua, que hemos denominado funcional, hablamos ahora de la dignidad ontológica, concepto que sistematizaremos en un epígrafe posterior. Lo que en este momento intentamos señalar es que Kant no es el creador del mismo, sino sólo el artífice de su más cualificada teorización, así como que la dignidad ontológica expresa una autoconciencia ampliamente compartida por los modernos, tal y como cabe inferir de los siguientes testimonios.

En su obra dedicada a la educación Rousseau sostenía que, dado que la conciencia constituye la excelencia de la naturaleza humana y de la moralidad de sus acciones, ha de ser ella quien, acompañada por la razón, guíe la búsqueda adulta de la verdad: “¿Buscamos, pues, la verdad sinceramente? Pues no atribuyamos nada al derecho del nacimiento ni a la autoridad de nuestros padres y pastores, pero sometamos al examen de conciencia y a la razón todo lo que nos enseñaron desde nuestra niñez. Puede decirseme: «Sujeta tu razón», pero lo mismo me puede decir el que me engañe; para sujetar mi razón necesito razones”¹⁰³. Renunciar a la libertad, según

¹⁰³ Rousseau 2008, libro IV, Profesión de fe del vicario saboyano.

el filósofo ginebrino, implicaría renegar del ser moral y, por consiguiente, de la mismísima humanidad ¹⁰⁴.

En su discurso *Acerca de la dignidad del ser humano* Fichte (1762-1814) ponderó la majestuosa capacidad de que disfruta “todo aquel que se puede decir: «soy un ser humano»... , todo aquel que me puede decir «yo soy»” con vistas a ordenar el mundo y la propia vida a partir de su libre albedrío ¹⁰⁵.

Hegel (1770-1831) sostuvo que el valor del ser humano no viene dado por ningún tipo de determinación al modo de, por ejemplo, la posición económica en el mercado o cualquier tipo de pertenencia grupal, sino por ser persona: “el hombre vale porque es hombre, y no porque es judío, católico, protestante, alemán, etcétera” ¹⁰⁶.

John Stuart Mill (1806-1873), por su parte, consideró que pueden eventualmente existir algunas buenas razones para tratar de convencer a alguien de que, en determinadas situaciones, adopte o evite cierto comportamiento, pero se cuidó mucho de aclarar que, en el supuesto de que a nadie cause daño con él, en modo alguno es de recibo que se ejerza sobre tal persona ningún tipo de coacción porque “para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta” ¹⁰⁷. También reflejó la toma de conciencia de la propia dignidad por parte de los obreros en los siguientes términos: “...los pobres no seguirán aceptando durante mucho tiempo la moral y la religión que les prescriban otros (...) A partir de ahora, todos los consejos, las

¹⁰⁴ “Renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos de la Humanidad e incluso a sus deberes (...) Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre; despojarse de la libertad equivale a despojarse del ser moral” (Rousseau 1983, libro I, cap. 3; p. 34).

¹⁰⁵ Cf. Fichte 2008, 2-3. La conciencia ordena al hombre “absoluta e incondicionalmente querer esto y no aquello, y todo libremente y *motu proprio* sin ninguna coacción externa. Así como debe obedecer a esta voz interior que le ordena absolutamente, tampoco debe ser constreñido por nada externo y deberá librarse de todo influjo que le sea extraño. Por eso nadie que no sea él puede gobernarle, él mismo debe hacerlo siguiendo la ley que tiene en sí, es libre y debe permanecer libre. Nadie puede darle órdenes sino la ley que está en él, pues es su única luz y contradice esta ley si se deja constreñir por otra distinta, aniquilando su humanidad y envileciéndose hasta el grado de los animales” (Fichte, Johann Gotlieb. *Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron*, citado por Peces-Barba 2002, 58-59).

¹⁰⁶ Hegel, Georg Wilhelm F. *Principios de la filosofía del derecho*, citado por De Vega 2007, 9.

¹⁰⁷ Mill 1980, 32.

exhortaciones o la orientación que se brinden a las clases trabajadoras se les deben brindar como a iguales, y ellas las aceptarían con los ojos abiertos”¹⁰⁸.

Citemos, por último, a Marx (1818-1883), quien fustigó vivamente a la burguesía por haber “disuelto la dignidad personal en el valor de cambio”, a resultas de lo cual “los obreros, obligados a venderse a trozos, son una mercancía como cualquier otro artículo de comercio”¹⁰⁹, al tiempo que criticó en los siguientes términos la abstracción del trabajo operada por los economistas de su tiempo:

*Se comprende fácilmente que en la Economía Política el proletario... es considerado únicamente como obrero (...) La Economía Política no conoce al trabajador parado, al hombre de trabajo, en la medida en que se encuentra fuera de esta relación laboral. El pícaro, el sinvergüenza, el pordiosero, el parado, el hombre de trabajo hambriento, miserable y delincuente son figuras que no existen para ella, sino solamente para otros ojos; para los ojos del médico, del juez, del sepulturero, del alguacil de pobres, etc.; son fantasmas que quedan fuera de su reino.*¹¹⁰

Hemos, pues, de decir que, en medio de la diversidad de los lenguajes –que, por cierto, suelen hacerse eco del de Kant–, en todas esas consideraciones late profunda y firmemente la concepción ontológica de la dignidad. Ésta ha llegado a ser una evidencia cultural, formando así parte, digamos, del espíritu de nuestro tiempo.

1.1.7. La moderna concepción de la dignidad

Las evidencias culturales, precisamente por aparecer de forma muy inmediata a las conciencias de una determinada época, se convierten rápidamente en tópicos y, en esa misma medida, comienza a pesar sobre ellas una trivialización que las hace degenerar hacia fórmulas semánticamente devaluadas. Tal parece haber sido la suerte de la autoconciencia de la dignidad, hasta el punto de que Cayla denuncia que se trata “del más vago de los conceptos”, un

¹⁰⁸ Mill, John Stuart. *Economía política*, citado por Macpherson 1982, 64.

¹⁰⁹ Marx y Engels 1986, 57 y 64.

¹¹⁰ Marx 1981, 124.

“abracadabra cuya proliferación litúrgica acompaña la promulgación de toda ley para fundamentar simbólicamente su autoridad gracias al resorte mágico de su forma sagrada”¹¹¹.

De ahí que ahora hayamos de encarar un intento de, si no definir con toda precisión la dignidad, al menos fijar sus significados centrales y perfilar sus contornos. Nuestra pretensión no podría ser más ambiciosa sin dejar de ser razonable, pues, tratándose de un principio del más alto rango jurídico, la textura del concepto de dignidad es abierta o, lo que es igual, susceptible de diversas concepciones¹¹². La que proponemos es aquella que parece desprenderse de la matriz cultural del propio concepto, que no es otra que la tradición de la modernidad tal y como la hemos percibido a través de sus muy cualificados representantes anteriormente citados.

A. Sistematización de su doble estatuto antropológico-moral

Comencemos por señalar que la dignidad es un concepto perteneciente al campo de la antropología, o sea, que designa un dato relativo al ser humano. En efecto, es en la propia naturaleza humana donde reside la imposibilidad de que los individuos de la especie vivamos de forma puramente mecánica. A diferencia de lo que sucede con los animales, cuya dotación genética y especialización morfológico-fisiológica garantizan el ajustamiento al medio, la condición del ser humano es tal que semejante ajustamiento no le viene dado, sino que inexorablemente se ve abocado a tener que hacer uso de su capacidad intelectual (= razón) en orden a tomar decisiones o llevar a cabo elecciones (= ser sujeto) que regulen y organicen el curso de su existencia (= ser autónomo).

¹¹¹ Cayla, Olivier. “La dignité humaine: le plus flou de tous les concepts”. *Le Monde*, 31 de enero de 2003, p. 3, citado por Sandkühler 2008, 5. Ya en 1840 Schopenhauer escribía que la dignidad humana es una especie de comodín “para todos los moralistas apurados e irreflexivos que disimulan detrás de esta imponente expresión... su carencia de un fundamento para la moral, sea real o que al menos quiera decir algo” (Schopenhauer, Arthur. *Le fondement de la morale*, citado por Sandkühler 2008, 5).

¹¹² “La dignidad humana es, como todos los principios y valores constitucionales, un concepto en gran medida abierto” (Jorge 2005, I, 574).

Cuando Nietzsche (1844-1900) decía que el hombre es el “animal aún no fijado”¹¹³ o Hegel que es el “animal enfermo”¹¹⁴ estaban apuntando muy certeramente hacia una privación constitutiva de lo humano que la antropobiología y la psicología han venido a validar completamente¹¹⁵. Tanto la carencia de instintos en el individuo humano y, por ello, de comportamientos genéticamente programados, como su falta de especialización morfológico-fisiológica guardan una muy estrecha vinculación con el fenómeno de la apertura de la voluntad y, en definitiva, con el de la libertad; son, dicho aristotélicamente, la forma corporal correspondiente a un ser racional.

La lógica del *soma* no sólo ofrece la razón de ser de la tecnicidad, sino que, como muy adecuadamente señala Mainetti, “constituye asimismo el fundamento «natural» de la ética: mientras el animal está adaptado a su biotopo, el hombre es el ser «desajustado» que necesita «justificarse», regularse por otras normas que las biológicas, en su caso faltantes”¹¹⁶. Es precisamente a ese fenómeno natural al que se refería Aranguren (1909-1996) cuando, tras haber hecho suya la distinción entre la moral como estructura y la moral como contenido propuesta por

¹¹³ “Hay en el ser humano, como en toda otra especie animal, un excedente de tarados, enfermos, degenerados, decrépitos, dolientes por necesidad; los casos logrados son siempre, también en el ser humano, la excepción, y dado que el hombre es el animal aún no fijado, son incluso una excepción escasa” (Nietzsche 1997, fragm. 62).

¹¹⁴ Citado por Mainetti 2008, 1.

¹¹⁵ Cf. Gehlen 1993; Prieto 2008. “...con la aparición del ser humano se produce una ruptura en la evolución psíquica del mundo animal. Lo esencial es que el mundo psíquico humano por medio de un monstruoso desarrollo de la imaginación, esa neoformación psíquica, deviene a-funcional. Hegel decía que el hombre es un animal enfermo. Es necesario decir mucho más: el hombre es un animal loco radicalmente inapto para la vida. «De donde», no como «causa» sino como condición de lo que es, la creación de la sociedad. Esa a-funcionalidad se manifiesta en la insuficiencia y, para hablar con propiedad, en la ruptura de las «regulaciones instintivas» –sea cual fuere el sentido que se le dé a ese término– que dominan el comportamiento animal” (Castoriadis 1993).

¹¹⁶ Mainetti 2008, 2. “Mientras los hombres, a diferencia de los animales, sigamos viéndonos obligados a justificar nuestras elecciones, porque el ajustamiento a la realidad no nos viene dado... seguirá habiendo una dimensión del hombre, de su conciencia y de su lenguaje que merecerá por su especificidad el nombre de «moral»” (Cortina 2007b, 22-23). “Un rasgo distintivo del ser humano es sentir la profunda necesidad de justificar su conducta, esto es, tener una conciencia. La necesidad de justificación o racionalización es, tal vez, una de las diferencias existentes entre el hombre y el animal” (Kelsen 2000, 30).

Zubiri (1898-1983), sostenía que “la realidad humana es constitutivamente moral” ¹¹⁷ en el primero de esos dos sentidos.

Consecuencia de la “deficiencia” biológica que trae consigo el individuo humano en el momento de su nacimiento es, como diremos a propósito del personalismo comunitario, la imperiosa y permanente necesidad de entorno social que tiene la vida humana ¹¹⁸. Sabemos, por ejemplo, que algo tan específicamente humano como es el lenguaje sólo puede ser adquirido a través de un aprendizaje cultural. La condición humana es, por su propia naturaleza, eminentemente social.

Tal es el ser (natural) del hombre. En este plano estrictamente antropológico, la dignidad humana significa, por lo tanto, que el ser humano tiene la capacidad y necesidad de ser el sujeto que, a partir de su propia razón, norme su propia vida ¹¹⁹, lo que le dota de una entidad constitutivamente moral. Es precisamente esa condición humana la que hemos dado en calificar de personal –la persona, como escribía Mounier (1905-1950), “es una actividad vivida de autocreación” ¹²⁰–, por lo que, en rigor, la expresión “dignidad de la persona humana” constituye un pleonasma.

Pues bien, puesto que la dignidad dice relación al ser (natural) del hombre, entendemos que puede y debe hablarse de una ontología de la dignidad. Nuestra época es antimetafísica y, por ello, adversa al concepto de naturaleza humana por cuanto ésta suele ser interpretada de forma esencialista o en clave de inmutabilidad, de tal modo que la identidad humana viene a aparecer como un dato, algo cerrado y heredado del pasado o, en todo caso, ya realizado en el presente. Sin embargo, una vez explorada la condición natural del ser humano como –por decirlo con Pico

¹¹⁷ Aranguren 1997, 367; cf. 56-69. También Peces-Barba sostiene que la dignidad, en tanto que autonomía inicial, que hace referencia a la libertad de elección o psicológica, “es un dato antropológico de nuestra condición” (Peces-Barba 2002, 57), que ofrece “la base de la moralidad. Si el hombre actuase determinado y careciese de libertad de elección no existiría la moralidad” (Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, citado por Barranco 2000, 115, nota 281).

¹¹⁸ Cf. Habermas 2002, 52.

¹¹⁹ El principio de la dignidad de la persona “parte de la idea del individuo como conformador de sí mismo, de su vida y de su proyecto espiritual” (Jorge 2005, I, 611).

¹²⁰ Mounier 1961a, 10. La persona humana “tiene conciencia de ser alguien inacabado (...) su vida es biografía o historia de un sujeto, y no mero acontecer” (Adame 2000, 28-29).

della Mirandola– forjador de sí mismo, de donde se desprende que su verdadera identidad es de tipo proyectivo, es decir, que remite al futuro ¹²¹, tenemos buenas razones para tratar de zafarnos del prejuicio antimetafísico y admitir de buen grado que el concepto de dignidad posee una dimensión entitativa ¹²².

En un segundo momento, situados ahora en el plano moral, hemos de decir que la dignidad humana designa una antroponomía, lo que encierra, a su vez, dos significados.

Dignidad expresa, en primer lugar, una concepción normativa del hombre o la imagen de la humanidad moralmente perfecta, a saber, aquella que tiene el coraje de desarrollar y realizar cabalmente su germinal condición natural, que es la vocación hacia el libre pensar. El hombre digno es el que ha avanzado lo suficiente en su proceso de emancipación como para poder y deber ser considerado mayor de edad, es decir, sujeto que norma su propia vida, y cuyas máximas son universalizables por haber sido adoptadas exclusivamente en función de la razón que le distingue como persona y, en consecuencia, por obedecer únicamente a la humanidad que hay en él. Dignidad es, en este sentido, un ideal moral.

Significa, en segundo lugar, el carácter de valor absoluto e intrínseco –la condición de fin en sí mismo– que corresponde al hombre en función de su ser personal, racional o autónomo. Sobre tal carácter y por ser absoluto se apoya el imperativo categórico que manda relacionarse con cualquier persona siempre como un fin y que prohíbe tratarla nunca sólo como un medio, pues semejante comportamiento implicaría reducirla a la condición de instrumento o cosa y, por lo mismo, no respetarla en su condición de ser personal, racional o autónomo. Al mismo tiempo, el

¹²¹ Cf. Nordmann 2008. Puede incluso sostenerse una comprensión histórica de la “esencia” humana en términos como éstos: “...la historicidad [es] una propiedad de lo humano, constitutivamente consecuente de su esencial racionalidad y libertad... Pero la persona individual se realiza en el espacio y en el tiempo en coexistencia y sucesión, a través de un grupo social... Por lo tanto, lo histórico y lo social guardan una estrecha conexión entre sí y con la naturaleza de la persona humana, más precisamente, con el modo específicamente humano de obrar, de autorrealizarse en el mundo. Y, por esto último, se da una estrecha conexión en la esencia humana entre lo natural y lo histórico, por la mediación de lo social y de la cultura” (Donaldío 2008).

¹²² Cf. Fernández Ssegado 2003, 16; Nogueira 2003, 146; Pelé 2004, 12. En realidad tales autores se refieren a la dimensión “ontológica” de la dignidad, pero preferimos abstenernos de tal denominación para evitar su confusión con la expresión “dignidad ontológica” que estamos empleando para designar la concepción moderna de la dignidad en tanto que fenómeno global (antropológico y moral).

respeto de esta autonomía de cada ser humano en cuanto hombre exige garantizar la inviolabilidad de un ámbito privado, en cual cada uno pueda determinar y tratar de llevar a cabo su propio proyecto de vida feliz. Por otro lado, el respeto de la autonomía de cada ser humano en cuanto ciudadano requiere ofrecerle la posibilidad de ser legislador, es decir, de participar junto con sus conciudadanos en la adopción de aquellas normas que, por estructurar y regir el ámbito público, a todos afectan.

Este segundo significado moral de la dignidad constituye un axioma por cuanto no recibe –ni puede recibir– ninguna ulterior fundamentación racional ¹²³. Con Kant podríamos alegar, en primer lugar, que así es como “se representa el hombre necesariamente su propia existencia”, pero de ese modo no estaríamos sino acudiendo a una autoconciencia axiológica de la humanidad, que estaría necesitada, ella misma, de validación o justificación ¹²⁴.

También podríamos tratar de acreditar los dos significados antropológicos afirmando que ambos tienen como condición de posibilidad el dato antropológico. Así, tanto para que el hombre deba actuar en coherencia con su condición personal, en el primer caso, como para que el imperativo categórico establezca la obligación de respetar la condición personal de todo ser humano, en el segundo, es necesario que esa condición sea un dato de la naturaleza humana, tal y como efectivamente lo es. Pero nada de lo dicho permite afirmar que tales prescripciones morales se sigan necesariamente –sean consecuencia lógica– de la condición personal del ser humano en el plano antropológico. Pretender lo contrario sería incurrir en la falacia naturalista ya rechazada por Hume (1711-1776) al dejar sentado que la normatividad moral no se sigue del discurso

¹²³ Puede recibir, y de hecho recibe, fundamentaciones de tipo religioso o teológico, como la que se apoya sobre la condición humana de “imagen y semejanza” divina que encontramos en la tradición judeo-cristiana (cf. Gén. 1,26). Por ejemplo: “...creemos que la supremacía de la dignidad del ser humano no puede comprenderse plenamente sin una referencia conceptual y existencial a Dios (...) estamos convencidos que la dignidad del ser humano adquiere su plena significación cuando se contempla al hombre como un ser creado a imagen y semejanza de Dios...” (Bustamante 2001, 54). O también: el hombre “es la sola criatura que Dios ha querido por sí misma. En él ha impreso su imagen y semejanza, confiriéndole una dignidad incomparable” (Juan Pablo II 1999, n. 11.c). Es evidente que tales fundamentaciones resultan vinculantes únicamente para quienes se sienten personalmente comprometidos con tales tradiciones cosmovisionales.

¹²⁴ En tal caso, “como el barón de Münchhausen, nos estamos sacando del pantano tirándonos de los pelos” (Marina y De La Válgoma 2000, 145).

meramente descriptivo ¹²⁵. Que el hombre sea constitutivamente moral no exige, en rigor, ni que esté moralmente obligado a comportarse como el sujeto que norme su vida de forma racional ni que sea un valor absoluto ¹²⁶.

Sucede, en definitiva, que la afirmación del carácter intrínsecamente valioso del ser humano posee un carácter irreductiblemente axiomático. Ahora bien, semejante reconocimiento no comporta para ella ningún desmedro, pues, como dice Bobbio, “los valores últimos, a su vez, no se justifican; se asumen: aquello que es último, propiamente porque es último, no tiene ningún fundamento” ¹²⁷.

B. Consecuencias

Son tres, al menos, las consecuencias que se desprenden del doble estatuto antropológico-moral de la dignidad humana.

Digamos, en primer lugar, que la dignidad humana es simultáneamente un dato y una tarea. Del mismo modo que no puede ser violada en el plano antropológico, por cuanto pertenece a la índole natural del ser humano, sí puede serlo en el plano moral. Lo es, de hecho, cada vez que se

¹²⁵ “La razón es el descubrimiento de la verdad y falsedad. La verdad o falsedad consiste en la concordancia o discordancia con las relaciones reales de las ideas o con la existencia real y los hechos. Todo lo que, por consiguiente, no es susceptible de esta concordancia o discordancia es incapaz de ser verdadero o falso y no puede ser nunca un objeto de nuestra razón. Ahora bien: es evidente que nuestras pasiones, voliciones y acciones no son susceptibles de una concordancia o discordancia tal por ser los hechos y realidades originales completos en sí mismos y no implicar referencia a otras pasiones, voliciones y acciones. Es imposible, por consiguiente, que puedan ser estimadas como verdaderas o falsas y que sean contrarias a la razón o conformes con ella” (Hume 2008, libro III, parte 1ª, sec. 1; p. 333).

¹²⁶ Algunos autores sostienen lo contrario: “...no se puede derivar un imperativo de una afirmación indicativa. Esta proposición es verdadera con tal que la afirmación indicativa no contenga ya un sentido imperativo. Es precisamente lo que sucede en el caso de la dignidad” (Williams 2003, 31-32). “La persona tiene una dimensión ontológica especial... [que] es un valor ontológico especial. Ontológico, no sólo moral, porque deriva esencialmente de su naturaleza, y no de que sus acciones hayan sido moralmente buenas (...) Ese valor ontológico especial es lo que llamamos dignidad humana” (Zanotti 2008, 8).

¹²⁷ Bobbio 1991, 56. Tal consideración es retomada por Ferrajoli 2001b, 317, nota 38. “Entendiendo, pues, por «valor absoluto» aquél que no es relativo a ninguna otra ventaja; entendiendo por «fin incondicionado» el que no es medio para algún otro, afirmamos que el hecho de la moralidad es inconcebible sin la existencia de un valor absoluto y de un fin incondicionado” (Cortina 2007a, 259). “La cuestión ética comienza con el sentido del escándalo, con el sentimiento de que hay algo intolerable” (Taguieff 1987, 419).

desprecia el valor absoluto de la propia persona o de las demás y que, por lo tanto, no se cumple el ideal moral. No es posible dejar de ser (antropológicamente) digno, pero sí lo es comportarse de forma (moralmente) indigna mediante el irrespeto o bien de la dignidad propia, o bien de la ajena.

Puede establecerse, en segundo lugar, que no existe un derecho a la dignidad. Lo que sí existe es el hecho (antropológico) de la dignidad, así como el ideal (moral) del comportamiento digno y el derecho al respeto de la propia dignidad. El concepto de dignidad humana, en efecto, “no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general”¹²⁸. Parafraseando a Arendt (1906-1975) podemos decir que la dignidad humana comporta el derecho a ser reconocido como perteneciente a la “Humanidad” o, seguramente mejor, el “derecho a tener derechos”¹²⁹. Éstos, por consiguiente, fijan aquellas condiciones necesarias en orden a la garantía tanto de la posibilidad de lograr el ideal moral como del respeto a la condición de ser absoluta e intrínsecamente valioso que predicamos del ser humano.

Consideramos, por último, que, puesto que sólo el individuo humano tiene una constitución moral, es decir, se encuentra en capacidad de normar su vida a partir de su propia razón, sólo él es persona y, por lo mismo, único ser digno y titular de derechos. Los grupos y las instituciones pueden y deben estar diseñados y operar en forma tal que satisfagan el debido respeto a la dignidad de los individuos, pero ni son entitativamente dignos, ni son capaces de alcanzar el ideal moral de la dignidad, ni pueden cabalmente exigir respeto a su dignidad en tanto que valores absolutos e intrínsecos, puesto que no lo son.

¹²⁸ Spaemann, Robert. “Sobre el concepto de dignidad humana”. *Persona y derecho*. 191 (1988), p. 33, citado por Pelé 2004, 11.

¹²⁹ Entendió que con el surgimiento de las declaraciones de derechos a finales del siglo XVIII “apareció el hombre como un ser... que llevaba su dignidad dentro de sí mismo (...) Llegamos a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (...) el derecho de tener derechos o el derecho de cada individuo a pertenecer a la Humanidad tendría que ser garantizado por la misma Humanidad” (Arendt 1994, I, 369, 375 y 377).

1.2. De la vieja sociedad orgánica al moderno individualismo

En el presente epígrafe nos proponemos identificar la profunda correspondencia existente entre la emergencia de la conciencia de la dignidad ontológica, que anteriormente hemos analizado, y el surgimiento de la sociedad que –provisionalmente– denominaremos individualista.

1.2.1. El giro social copernicano

El empirismo prekantiano entendió el conocimiento, en términos generales, como mera representación de los objetos y, por lo tanto, supuso la pasividad del sujeto cognoscente. Kant, por su parte, consideró que semejante esquema epistemológico no permitía dar razón de los juicios sintéticos *a priori* y sostuvo que “los objetos tienen que regirse por nuestro conocimiento”, es decir, que la experiencia cognoscitiva comporta actividad por parte del sujeto de la misma. En el prólogo de la segunda edición de la *Crítica de la razón pura* comparó su propuesta de cambio epistemológico con la revolución heliocéntrica operada por Copérnico¹³⁰ (1473-1543).

Pues bien, esa misma es, como enseguida tendremos ocasión de comprobar, la metáfora a que acude Bobbio para ilustrar la inversión que ha tenido lugar durante el tránsito de las sociedades tradicionales a las modernas en lo relativo al puesto de observación o punto de vista de la relación entre sociedad e individuos y, correlativamente, entre gobernantes y gobernados, por un lado, así como entre deberes y derechos, por el otro.

Explica el profesor italiano que en las sociedades tradicionales las reglas fueron esencialmente imperativas –mandatos y prohibiciones–, lo que significa que “la figura deóntica originaria es el

¹³⁰ “Hasta ahora se admitía que todo nuestro conocimiento tenía que regirse por los objetos; pero todos los ensayos para decidir algo *a priori* sobre éstos mediante conceptos, por donde sería extendido nuestro conocimiento, aniquilábanse en esa suposición. Ensáyese pues una vez si no adelantaremos más en los problemas de la metafísica admitiendo que los objetos tienen que regirse por nuestro conocimiento, lo cual concuerda ya mejor con la deseada posibilidad de un conocimiento *a priori* de dichos objetos, que establezca algo sobre ellos antes de que nos sean dados. Ocurre con éste como con el primer pensamiento de Copérnico, quien, no consiguiendo explicar bien los movimientos celestes si admitía que la masa toda de las estrellas daba vueltas alrededor del espectador, ensayó si no tendría mayor éxito haciendo al espectador dar vueltas y dejando en cambio las estrellas inmóviles. En la metafísica se puede hacer un ensayo semejante por lo que se refiere a la intuición de los objetos” (Kant 2008, 10).

deber, no el derecho”, como consecuencia de que antiguamente la cuestión moral fue considerada no tanto desde el ángulo del individuo cuanto desde el de la sociedad. “Y no podía ser de otra forma: a los códigos de reglas de conducta ha sido atribuida la función de la salvaguardia del grupo en su conjunto más que la de proteger al individuo singular”¹³¹.

Ello equivale a decir que tales sociedades, tal y como ya hemos notado a propósito de la filosofía política aristotélica, obedecían a una comprensión de tipo holista u organicista: privilegiaban el todo sobre las partes o la sociedad sobre los individuos. De ahí que, en aras de la subsistencia de la comunidad, fueran portadoras de una concepción funcional del hombre, asignándole identidades muy estamentales y grupales en un mundo jerarquizado¹³². De la Edad Media, por ejemplo, se ha dicho que tuvo “como indiscutible que la natural pertenencia de la persona a la sociedad no puede romperse, pues viene dada al hombre por su nacimiento o, lo que es lo mismo, por voluntad de Dios. La persona pertenece naturalmente a la familia, a la profesión, al gremio de sus antepasados, a la villa en que se ha educado, a la organización política de la que depende y, en general, a la cristiandad en que ha sido educado”¹³³.

Es la razón por la que los documentos medievales que suelen citarse como precedentes de las modernas declaraciones de derechos, al modo de la *Carta magna* de Inglaterra, sólo pueden ser considerados tales en un sentido muy laxo. Como explica Grimm, los viejos derechos, a diferencia de los modernos, que reivindican un fundamento natural, no sólo eran considerados como positivos u originados por la concesión estatal, sino que, además, derivaban de las obligaciones y se encontraban funcionalmente condicionados, es decir, se fundaban en un estatus

¹³¹ Bobbio 1991, 162.

¹³² “...hubo una Edad de Oro del lenguaje moral, una edad en la que dicho lenguaje brotaba de un contexto en el que tenía pleno sentido: la época griega, que abona desde las sociedades homéricas una concepción funcional del hombre, como individuo indispensable para la supervivencia de su comunidad, y más tarde la reinterpreta en un universo teleológico, *more* aristotélico (...) entender a los hombres funcionalmente permite fundamentar una moral de las virtudes, como hábitos que debe desarrollar el individuo en pro de la subsistencia de la comunidad. El individuo cobra, pues, su identidad de su inserción en una familia, en una comunidad política; conoce las virtudes que ha de desarrollar en ella, y tiene razones para obedecer normas que le conducirán a realizar el «fin que le es propio»” (Cortina 2007b, 118). Cf. Marina y De La Válgoma 2000, 35.

¹³³ Osuna 2001, 41; cf. Osuna 2002, 34.

socialmente definido, mientras que los derechos actualmente proclamados se apoyan en la cualidad de persona y, por ende, pretenden tener un alcance universal ¹³⁴.

Los sistemas sociales antiguos, basados en un bien común preexistente y materialmente definido, imponían en primer lugar a los miembros de la sociedad vínculos y obligaciones. Por el contrario, las libertades existían como meros privilegios o condiciones previas al cumplimiento de una función social; de ahí que la puesta en práctica de dicha función estuviera no sólo dirigida, sino también limitada. Por la misma razón, las antiguas garantías jurídicas de la libertad no podían tener por objeto sino libertades meramente particulares que coexistían, por lo demás, con un sistema general de ausencia de libertad. A diferencia de esto, los derechos fundamentales significan una decisión del sistema a favor de la libertad, sin más. Al renunciar de antemano a un ideal establecido de virtud, definido de forma material, el bien común que persiguen consiste precisamente en posibilitar la autodeterminación individual. ¹³⁵

Por supuesto, los principios morales del viejo derecho natural imponían a los gobernantes determinados deberes en la forma de ejercer el poder no sólo sobre los titulares de derechos estamentales, sino sobre todos y cada uno de sus súbditos, pero no cabe pensar que éstos se encontraran en condiciones de hacer valer un derecho correlativo. Es el punto de vista de los gobernantes, verdaderos sujetos políticos, el que tradicionalmente ha prevalecido en la historia política, mientras que los gobernados han sido tratados como objetos de su poder, vinculados por deberes, principalmente el de obedecer ¹³⁶.

Es verdad que algunos pensadores medievales llegaron a proclamar el derecho y el deber de oposición al tirano, pero siempre en tanto que insurrección contra una autoridad personalizada y no contra un orden socio-político. El pecado fundamental, la *superbia*, no era visto sino como la

¹³⁴ “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes” (*Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia*, art. 1). “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, art. 1).

¹³⁵ Grimm 2006, 79. En ese mismo sentido: en razón de la identidad grupal de la persona, “sus derechos no serán comprendidos como «individuales» y «personalizados», sino como derechos del *status*, al que naturalmente pertenece: la cristiandad, el reino, la familia o el gremio. Su patrimonio jurídico natural estará en el orden de estas pertenencias a las que se debe y de las que recibe el apoyo de este patrimonio (...) La economía, la política y la misma cultura estaban organizadas desde el indiscutible supuesto de que cada persona pertenece naturalmente a un *status*. Y no tenía otros derechos que los derechos y obligaciones vinculados a su *status* de sangre, de profesión y de religión” (Osuna 2001, 49-50).

¹³⁶ Cf. Bobbio 1991, 105-106.

negativa a aceptar el propio lugar dentro de la providencial organización del mundo o, en otros términos, como la indebida búsqueda de la propia exaltación personal ¹³⁷.

Es evidente que la anterior caracterización de las sociedades premodernas resulta ser profundamente cónsona con la concepción funcional de la dignidad que hemos identificado como característica de las mismas. La dignidad en aquel primer sentido era el acatamiento respetuoso y deferente merecido única y exclusivamente por aquella élite que, desde el punto de vista de la ideología dominante, desempeñaba las funciones más relevantes de cara al desenvolvimiento del sistema social. Afirmamos, como se ve, que aquella concepción de la dignidad tuvo un carácter neta y radicalmente ideológico porque, induciendo en los esclavos y vasallos la autoconciencia de su in-dignidad, vino a justificar la dominación sobre ellos ejercida por sus respectivos dueños y señores ¹³⁸. La principal forma, como dice Macpherson, “en que todo el conjunto de instituciones y relaciones sociales configura a la gente como actores políticos se encuentra en la manera en que configuran la conciencia que las gentes tienen de sí mismas” ¹³⁹.

La concepción funcional de la dignidad, como ya sabemos, irá derrumbándose y siendo progresivamente sustituida por aquella otra de tipo igualitario que hemos denominado ontológica a medida que, a partir del período renacentista, vaya madurando la modernidad.

Pues bien, tal sustitución se corresponde con el movimiento que Bobbio compara con “dar la vuelta a la moneda: que el problema moral fuese considerado desde el punto de vista no solamente de la sociedad, sino también del individuo. Sería necesaria una verdadera y propia

¹³⁷ Cf. Congar 1969, 65-67.

¹³⁸ Cf. Pelé 2004, 10. Por ideología entendemos la función distorsionadora de la realidad a los fines de legitimación del poder social vigente (cf. Martínez Real 2000, 475-487).

¹³⁹ “Por ejemplo, cuando, como ocurría en la Edad Media y algo después, las disposiciones sociales imperantes han inducido prácticamente a todos a aceptar una imagen del ser humano como humano en virtud de su aceptación de las obligaciones de su condición o de su posición en la vida, funcionará un sistema político jerárquico tradicional” (Macpherson 1982, 14).

revolución copernicana, si no en el modo, al menos en los efectos (...) Aquí hablo de revolución copernicana –precisa– en el sentido kantiano, como inversión del puesto de observación”¹⁴⁰.

Ese nuevo individualismo moral trajo consigo, obviamente, tanto una igualmente nueva preeminencia del individuo frente al Estado¹⁴¹ como el consiguiente paso del código de los deberes al de los derechos, naciendo así los llamados derechos públicos subjetivos, característicos del Estado moderno.

*Concepción individualista significa que primero está... el individuo singular, que tiene valor por sí mismo, y después está el Estado, y no viceversa. Que el Estado está hecho para el individuo y no el individuo para el Estado (...) En esta inversión de la relación entre el individuo y el Estado viene invertida también la relación tradicional entre derecho y deber. En las relaciones de los individuos vienen ahora primero los derechos y después los deberes, en las relaciones del Estado primero los deberes y después los derechos.*¹⁴²

El hombre, por lo tanto, deja de ser visto como funcionalmente valioso para pasar a ser reconocido en su valor intrínseco. La tradicional consideración del mismo en razón de su contribución al grupo y la correspondiente dignidad funcional fueron típicas de una concepción holista u organicista de la vida social. Por el contrario, la nueva consideración de cada individuo singular como valor intrínseco, que es uno de los significados morales de la dignidad ontológica, permite definir el carácter de la moderna concepción de la sociedad, calificada por Bobbio de individualista.

¹⁴⁰ Bobbio 1991, 105. No es menos tajante Grimm al referirse a una ruptura de la tradición y a la constitución de un “orden nuevo” (Grimm 2006, 80).

¹⁴¹ “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, art. 2). “Los magistrados son sus administradores y sirvientes, en todo momento responsables ante el pueblo” (*Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia*, art. 2).

¹⁴² Bobbio 1991, 107; cf. 109 y 162. “El cambio sustancial producido por el nacimiento del derecho moderno ha consistido en la afirmación de la igualdad en los derechos además de, y *antes que*, la igualdad en los deberes. Un «vuelco radical en la historia secular de la moral», como ha afirmado Bobbio y recordado Bovero, coetáneo a esa otra «revolución copernicana» que ha sido la configuración del derecho y del estado no como en la concepción antigua, como entidades naturales, sino como «artificios» contruidos por los hombres como «instrumentos» de tutela de sus derechos” (Ferrajoli 2001b, 330).

“Cómo se ha llegado –escribe– a este vuelco de perspectiva, sólo cabezas privilegiadas lo pueden esclarecer, y quizás sólo para plantear hipótesis más que para aclarar de forma exhaustiva. Se trataría nada menos que de dar cuenta del nacimiento de la concepción individualista de la sociedad y de la historia que es la antítesis radical de la concepción organicista”¹⁴³.

1.2.2. Tipologías de la sociología clásica: Tönnies, Durkheim y Weber

El recurso a la sociología clásica permite confirmar el contraste entre el holismo de las sociedades tradicionales y el individualismo de las modernas, aunque en ningún momento hemos de perder de vista que estamos operando con sendos paradigmas.

En efecto, la modernización social, es decir, la transformación de las sociedades tradicionales en las modernas, fue conceptualizada de forma ideal-típica por los primeros sociólogos como el tránsito de la “comunidad” a la “sociedad” (Tönnies), de la “solidaridad mecánica” a la “orgánica” (Durkheim) y de la “comunalización” a la “socialización” (Weber). Se trata de dicotomías que no se sobreponen perfectamente, pero cuyos contornos resultan muy coincidentes. Nos proponemos espigar algunos textos de tales autores con la sola finalidad, como decimos, de validar el binomio organicismo-individualismo empleado por Bobbio.

Comencemos por recordar la distinción establecida por Tönnies (1855-1936), probablemente la más conocida, entre dos tipos de asociación, a saber, la comunidad y la sociedad.

La asociación puede ser comprendida sea como una vida real y orgánica, y entonces es la esencia de la comunidad, sea como una representación virtual y mecánica, y entonces es el concepto de sociedad (...) La sociedad es lo que es público, el mundo; por el contrario, uno se encuentra en comunidad con los suyos desde el nacimiento, ligado a ellos tanto en el bien como en el mal (...) Comunidad es viejo, sociedad es nuevo como cosa y como nombre (...) Se puede, en cierta medida, comprender la comunidad como un organismo vivo, la sociedad como un agregado mecánico y artificial (...) [En la comunidad las personas están] esencialmente unidas... [y en la sociedad] esencialmente separadas, y mientras que en la comunidad

¹⁴³ Bobbio 1991, 162. Vitale comparte la tesis al afirmar que la modernidad ha traído “la emancipación del individuo de toda forma de vínculo orgánico” (Vitale 2002, 48).

*permanecen unidas a pesar de todas las distinciones, [en la sociedad] permanecen distintas a pesar de todos los vínculos.*¹⁴⁴

Resulta relevante dejar constancia de que Smend (1882-1975) echó mano de esa distinción conceptual entre comunidad y sociedad como esquema de comprensión del ocaso de la integración sustantiva predominante en la Edad Media y de la aparición de la atomización del hombre propia de la sociedad moderna¹⁴⁵.

Durkheim, por su parte, distinguió entre la solidaridad mecánica y la orgánica, atribuyéndolas a la sociedad tradicional y a la moderna, respectivamente, es decir, invirtió el empleo de las metáforas del organismo y de la máquina en la tipología de Tönnies, pero sin por ello afectar en absoluto al significado básico de tal dicotomía conceptual.

No se ve a la sociedad bajo el mismo aspecto en los dos casos. En el primero [solidaridad mecánica] lo que se llama con ese nombre es un conjunto más o menos organizado de creencias y de sentimientos comunes a todos los miembros del grupo: éste es el tipo colectivo. Por el contrario, la sociedad de que somos solidarios en el segundo caso [solidaridad orgánica] es un sistema de funciones diferentes y especiales que unen relaciones definidas (...)

*La primera no se puede fortalecer más que en la medida en que las ideas y las tendencias comunes a todos los miembros de la sociedad sobrepasan en número y en intensidad a las que pertenecen personalmente a cada uno de ellos (...) En las sociedades donde esta solidaridad está más desenvuelta, el individuo no se pertenece..., es literalmente una cosa de que dispone la sociedad. Así en esos mismos tipos sociales, los derechos personales no se han distinguido todavía de los derechos reales. Otra cosa muy diferente ocurre con la solidaridad que produce la división del trabajo. Mientras la anterior implica la semejanza de los individuos, ésta supone que difieren unos de otros..., no es posible como cada uno no tenga una esfera de acción que le sea propia, por consiguiente, una personalidad.*¹⁴⁶

¹⁴⁴ Tönnies 1975, 142-144.

¹⁴⁵ “El ocaso del sistema de valores de la Edad Media significa al mismo tiempo el ocaso de una comunidad de valores fruto de una evolución natural y sin traumas; de la «comunidad» en cuanto tal, en el sentido utilizado por Tönnies. Es decir, el fin de una época en la que predomina la integración sustantiva. El hombre moderno es un ser atomizado (...) La decadencia de la comunidad tradicional y su sustitución por una «sociedad» moderna y racionalizada implica, siguiendo a Tönnies, la transformación de los valores comunitarios irracionales por las fórmulas racionalizadas y reflexivas características de las teorías contractualistas, de su formulación en la doctrina de los derechos humanos y de sus expresión y desarrollo en las teorías políticas modernas y en los programas de los partidos políticos” (Smend 1985, 108-109).

¹⁴⁶ Durkheim 1993, I, 161-163.

En su presentación de la dicotomía de Tönnies, con la que se muestra casi totalmente de acuerdo, Durkheim escribe que la comunidad

es un agregado de conciencias tan fuertemente aglutinadas que ninguna puede moverse independientemente de las otras (...) Sólo existe el todo; sólo él tiene una esfera de acción propia. Las partes no la tienen. Oponiendo la palabra estatus a la palabra contrato..., el autor se sirve de la primera expresión para caracterizar la comunidad. [En cambio, en la sociedad] las conciencias se encuentran diferenciadas (...) Mientras que anteriormente el todo estaba dado antes que las partes, ahora son las partes las que están dadas antes que el todo (...)

*La sociedad... es el reino del individualismo, en el sentido en que esa palabra es habitualmente entendida. El régimen del estatus ha sido sustituido por el del contrato. Puesto que las voluntades particulares ya no se encuentran absorbidas por la voluntad colectiva, sino que, por así decir, se encuentran acampadas las unas frente a las otras en la plenitud de su independencia, nada puede poner fin a este estado de guerra sino... una convención o un contrato. El derecho inmanente e inconsciente de la comunidad se encuentra así sustituido por un derecho querido, contractual. A las creencias que reinaban por la fuerza de la tradición suceden las opiniones libremente reflexionadas, la ciencia.*¹⁴⁷

Weber (1864-1929), en último lugar, denomina comunalización a aquel tipo de relación social que se apoya sobre

*el sentimiento subjetivo (tradicional o afectivo) de los participantes de constituir un todo (...) Llamamos comunalización a una relación social cuando, y en tanto que, la disposición de la actividad social se fundamenta... sobre el sentimiento subjetivo (tradicional o afectivo) de los participantes de pertenecer a una misma comunidad [En cambio] llamamos sociación a una relación social cuando, y en tanto que, la disposición de la actividad social se fundamenta sobre un compromiso de intereses motivado racionalmente (en valor o en finalidad) o sobre una coordinación de intereses motivada de la misma manera.*¹⁴⁸

Parece claro, por lo tanto, que la emergencia histórica de la concepción ontológica de la dignidad en detrimento de la funcional corresponde a la progresiva sustitución de una configuración social de tipo holista por otra de tipo individualista, en la que “las personas permanecen distintas a pesar de todos los vínculos” (Tönnies), tienen “una esfera de acción que les es propia, por consiguiente,

¹⁴⁷ Durkheim 1975, I, 4-6.

¹⁴⁸ Weber 1964, 33.

una personalidad” (Durkheim) y construyen su vida social sobre “un compromiso de intereses motivado racionalmente” (Weber).

1.2.3. La reacción antimoderna

También la reacción antimoderna permite confirmar, aunque indirectamente, la tesis del carácter específicamente individualista de la sociedad moderna. Encontramos, en efecto, que los críticos de la modernidad han situado en su punto de mira precisamente al emergente sujeto, aquel ser humano cuya identidad es fuertemente individual y que se considera capacitado para determinar su propia vida tanto en el ámbito privado como en el público ¹⁴⁹.

Así tenemos, por ejemplo, que Burke (1729-1797) establecía como contrapunto de lo sucedido en la revolución francesa la siguiente observación relativa a los ingleses: “Nos guardamos bien de permitir a los seres humanos vivir y actuar sobre la guía de las luces de la propia racionalidad individual..., porque entendemos que es mejor para cada uno valerse del patrimonio de la experiencia acumulado por los pueblos en el transcurso de largos siglos”. Desde su punto de vista, tal práctica sería la correcta porque, después de todo, “los individuos desaparecen como sombras; sólo la comunidad permanece fija y estable” ¹⁵⁰.

En su crítica a la *Constitución* francesa de 1795, De Maistre (1753-1821) ironizaba en los siguientes términos sobre las referencias al “hombre” contenidas en la *Declaración de derechos* de 1789 y en las Constituciones de 1791 y de 1793: “La Constitución de 1795, como sus hermanas mayores, está hecha para «el hombre». Pero no hay hombre en el mundo. Yo he visto en mi vida franceses, italianos, rusos, etcétera..., pero en cuanto al hombre, yo declaro no haberlo encontrado en mi vida” ¹⁵¹.

¹⁴⁹ “La crítica a la idea de sujeto procede de los críticos de la modernidad” (De Cabo Martín, Carlos. “El sujeto y sus derechos”, p. 17, citado por Gutiérrez 2005, 31).

¹⁵⁰ Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France y Speech on the Economic Reform*, citado por Bobbio 1991, 134 y 147 respect.

¹⁵¹ Citado por Chiaracane 2008, 4.

Al igual que Zola (1840-1902) y otros intelectuales de su tiempo, Durkheim entendió que en la campaña antisemita desatada contra el capitán Dreyfus por los sectores sociales conservadores se encontraba en juego la idea de la igualdad de derechos independiente de toda afiliación religiosa y, por ende, la permanencia del ideal laico republicano. Tales sectores, según refirió Durkheim en una de sus intervenciones públicas, rechazaban el individualismo como la “gran enfermedad de nuestro tiempo”¹⁵².

Reseñemos, por último, que, como dejó escrito en la *Nueva Enciclopedia Italiana* de 1932, Mussolini (1883-1945) pensaba que “el hombre no es nada. El fascismo se levanta contra la abstracción individual que se basa en fundamentos y utopías materialistas. Más allá del Estado, nada humano o espiritual tiene valor alguno”¹⁵³.

Observamos, en conclusión, que el fenómeno del moderno individualismo puede ser percibido también en negativo, o sea, a través de las reacciones contra la sociedad moderna de quienes han pretendido prolongar o recuperar modelos sociales, identidades personales y esquemas de integración individual de carácter típicamente premoderno.

1.3. Personalismo y constitucionalismo

1.3.1. El individuo (mejor, la persona), los derechos y la democracia

Dicho queda que la tesis de Bobbio acerca del giro social copernicano significa, en uno de sus aspectos, el paso desde la vieja preeminencia deóntica de los deberes hasta otra nueva de los derechos¹⁵⁴. Se completa mediante la afirmación de que

¹⁵² Cf. Durkheim 2008.

¹⁵³ Citado por Marina y De La Válgoma 2000, 60-61. “El hombre del Fascismo es un individuo que es Nación y Patria, una ley moral que une a los individuos y a las generaciones en una tradición y en una misión... para instaurar en el deber una vida superior... una vida en la cual un individuo, por la abnegación de sí mismo, por el sacrificio de sus intereses particulares, por la muerte misma, realiza esa existencia completamente espiritual que constituye su valor de hombre” (Mussolini, Benito. *El Fascismo. Ideas fundamentales*, citado por Piñón 1989, 312).

¹⁵⁴ “La afirmación de los derechos humanos deriva de un cambio radical de perspectiva... en correspondencia con la visión individualista de la sociedad” (Bobbio 1991, 17).

*el concepto mismo de democracia es inescindible del de los derechos humanos. Elimínad una concepción individualista de la sociedad. No lograréis justificar la democracia como forma de gobierno. ¿Qué mejor definición de democracia que aquella según la cual en ésta los individuos, todos los individuos, tienen una parte de la soberanía? (...) En una democracia quien toma las decisiones colectivas, directa o indirectamente, son siempre y solamente los individuos aislados en el momento en que introducen la papeleta en la urna. Podrá parecer desagradable a quien no pueda pensar en la sociedad sino como un organismo, pero, guste o no guste, la sociedad democrática no es un cuerpo orgánico sino una suma de individuos. Si no fuese así, no habría justificación alguna para el principio de las mayorías, que es la regla fundamental de la decisión democrática. Y la mayoría es el resultado de una simple suma aritmética donde aquello que se suma son los votos de los individuos, uno por uno.*¹⁵⁵

Tendríamos, por lo tanto, una comprensión de las dos vertientes del constitucionalismo, los derechos y la democracia, como consecuencias o, mejor, versiones del moderno individualismo.

Es verdad que el giro social copernicano guarda una profunda correspondencia con el paso de una concepción funcional de la dignidad a otra de tipo ontológico, de tal modo que, como hemos podido comprobar, la concepción de la sociedad que Bobbio denomina individualista consiste en la afirmación del valor intrínseco de cada ser humano singular, que es uno de los dos significados morales de la dignidad ontológica. No tenemos, desde ese punto de vista, ninguna dificultad en admitir la idoneidad del término “individualismo” para designar la especificidad de la modernidad y, de hecho, lo hemos empleado en varias ocasiones en tal sentido.

Ahora bien, sobre el “individualismo” pesan connotaciones fuertemente peyorativas. Mounier, por poner un ejemplo, sostuvo que “el individualismo es una decadencia del individuo..., ha aislado a los hombres en la medida en que les ha envilecido”¹⁵⁶. El propio Bobbio es consciente de que se trata de “un término que ha sido usado negativamente bien por las corrientes del pensamiento conservador y reaccionario, bien por las revolucionarias”¹⁵⁷, habiendo afectado profundamente a su significado en el uso que el lenguaje ordinario le dispensa.

¹⁵⁵ Bobbio 1991, 146-147; cf. 163-164.

¹⁵⁶ Mounier 1961b, 12.

¹⁵⁷ Mounier 1961b, 108.

Somos, pues, de la opinión que semejante ambigüedad –es lo menos que al respecto puede decirse– hace preferible el empleo del término “personalismo”, al que en adelante recurriremos. A ella se añade el decisivo argumento semántico, pues, mientras que “un individuo es cualquier ser completo en su género, sea animal o vegetal”¹⁵⁸, la “persona”, en consonancia con la tradición cultural que ha posibilitado la emergencia de la dignidad ontológica, es el ser digno, el individuo racional capaz de autodeterminarse mediante máximas universalizables.

*El nombre de persona debe reservarse a aquellas sustancias que, buscando su propio fin, son capaces de determinarse por ellas mismas, escoger los medios y introducir en el universo, por el ejercicio de su libertad, una nueva serie de acontecimientos, mientras que el nombre de individuo es un nombre común al hombre y a la bestia, a la planta, al microbio o al átomo. La personalidad se fundamenta en la subsistencia del alma humana mientras que la individualidad, por el contrario, se fundamenta en las exigencias propias de la materia.*¹⁵⁹

De ahí que resulte preferible decir que tanto el principio de los derechos como el de la democracia, los dos componentes del fenómeno neoconstitucional, pueden ser comprendidos como versiones jurídico-políticas del personalismo. Eso es precisamente lo que intentaremos en nuestra exploración de tal fenómeno como objetivación jurídica de la dignidad humana.

1.3.2. La imagen teórica del burgués y el constitucionalismo decimonónico

Conviene dejar constancia, por el momento, de que el carácter vigorosamente peyorativo del término individualismo, al que hemos hecho referencia, no responde a ningún azar, sino básicamente al hecho de encontrarse profundamente asociado a las típicas querencias egocéntricas y desigualitaristas del liberalismo que serán consideradas en el capítulo II, liberalismo que fue la ideología inspiradora del orden social burgués y su particular concepción tanto de los derechos como de la democracia, es decir, el constitucionalismo decimonónico.

El “hombre” de las primeras declaraciones de derechos y de prácticamente la totalidad de los sistemas jurídicos del siglo XIX vino a revelarse, ciertamente, no como el conjunto de individuos humanos, sino como

¹⁵⁸ Cortina 2007b, 282.

¹⁵⁹ Maritain, Jacques: *Tres reformadores*, citado por Martínez Porcell 2004, 8.

*el tipo de individuo calculador y egoísta, en definitiva, la imagen teórica del «bourgeois». Éste es el molde al que se acomoda la teoría liberal de los derechos humanos inicialmente: un sujeto que desea la tranquilidad y la paz, de las que sabrá sacar el mejor partido (...) algo por lo que no vale la pena hacer solemnes declaraciones de derechos; una teoría burguesa de los derechos fundamentales que acaba consecuentemente por disolverse en su propio individualismo.*¹⁶⁰

No son, desde luego, este tipo de observaciones las que escapan al talante crítico de Bobbio. Él mismo señala que la supuesta naturaleza humana que Locke creyó haber escrutado con finura y en profundidad no era propiamente tal, sino que se trataba, en realidad, de la “del burgués o del mercader del siglo XVIII”¹⁶¹.

Fue, como decimos, en el seno de aquella sociedad burguesa donde se desarrolló el primer constitucionalismo, con orientaciones económicas y políticas igualmente burguesas. Nos dejamos ahora guiar por Grimm para explorar la vinculación del origen del fenómeno constitucional con la transición desde el orden social de tipo feudal-estamental al liberal-burgués.

Explica el jurista alemán¹⁶² que, cuando la nueva burguesía del siglo XVIII (grandes comerciantes relacionados con el extranjero, empresarios de manufacturas, banqueros, funcionarios públicos y de la enseñanza, profesionales liberales y literatos) vio obstaculizado el desarrollo de sus potencialidades por los límites estamentales, por los vínculos feudales y corporativos y por el intervencionismo estatal, comenzó a reflexionar críticamente sobre el vigente orden social en clave de libertad entendida como autodeterminación individual. No se trataba ya de reorientar la estructura de privilegios en beneficio propio, sino de allanar totalmente la jerarquía estamental de acuerdo con el principio de igual libertad para todos.

¹⁶⁰ Smend 1985, 253-254. Remite tal conclusión a Radbruch. Ya Marx señaló que “los *droits de l’homme* no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad (...) Se trata de la libertad del hombre en cuanto mónada aislada y replegada en sí misma (...) el derecho humano de la libertad no se basa en la vinculación entre los hombres sino, al contrario, en su aislamiento. Es el derecho de este aislamiento, el derecho del individuo restringido, circunscrito a sí mismo” (Marx 1992, 45).

¹⁶¹ Bobbio 1991, 71.

¹⁶² Cf. Grimm 2006, 82-83 y 177-178.

La burguesía confió al mercado la función generadora de cohesión social, al tiempo que hizo que el Estado perdiera su anterior competencia de dirección centralizada de los diversos ámbitos de la vida, pero sin por ello convertirlo en superfluo, pues sus medios coactivos pasaron a ser vistos y empleados como garantes de la condición de la igual libertad civil y de la propiedad privada, a la que asistía un derecho llamado “sagrado” en el artículo 17 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*.

Es verdad que el Estado de derecho del siglo XIX se vio reducido a sus componentes meramente formales, hasta el punto de que el imperio de la ley acabó por consistir en la mera legalidad de la administración, pero, como afirma Böckenförde, eso no significa que fuera una forma vacía, sino que representó, más bien, una conformación de la seguridad de la libertad civil y de la propiedad, por lo que “el Estado de Derecho formal es también en esa medida Estado de Derecho burgués: confirma la distribución de los bienes en vez de transformarla y, a través de sus formas y procedimientos, impide la intervención directa sobre la propiedad individual con fines de redistribución social”¹⁶³.

En efecto, dado, por un lado, que a los estratos inferiores no sólo les faltaron los medios materiales necesarios para hacer un uso efectivo de las nuevas libertades jurídicas, sino que hubieron de subsistir en condiciones de miseria y que, por lo mismo, “se puede hablar con razón de un modelo social burgués”, y dado, por el otro, que el Estado “debió contentarse con una función auxiliar para la sociedad burguesa”¹⁶⁴, resulta muy apropiada la acuñación de la expresión «Estado burgués» para hacer referencia al decimonónico.

Ahora bien, aquel nuevo orden social hubo de abrirse paso muy a pesar de la hostilidad de los estamentos anteriormente privilegiados, por lo cual, a ojos de su artífices, pareció necesario dotarle de una estabilidad que le protegiera frente a nuevos episodios de control externo.

Especialmente peligroso resultaba el Estado, que, como titular del monopolio de la violencia, disponía de los medios para introducirse en el autogobierno social y adulterar la meta del sistema (...) se impidió al Estado intervenir en la esfera social, limitándolo a su función de

¹⁶³ Böckenförde 2000, 31. Cf. De Cabo 2003, 13-25; García-Atance 2002, 59-77.

¹⁶⁴ Grimm 2006, 83 y 82 respect.

garantizar la libertad igual. Ésta será, a su vez, una tarea jurídica; sin embargo, puesto que el Estado tenía al mismo tiempo que implantar e imponer el derecho, sólo podía lograrlo mediante una diferenciación del orden jurídico en una parte producto del Estado y que obliga a los ciudadanos y otra que resulta de los ciudadanos como titulares del poder estatal y con primacía sobre éste, de la cual dependía el Estado para la implantación e imposición del derecho. Fue precisamente esta función la que desempeñaron los derechos fundamentales.

*Debido a esta conexión genética entre emancipación de la burguesía, readaptación del orden social al principio de libertad y protección de la libertad por los derechos fundamentales, éstos se entienden, en efecto, como expresión de los intereses y valores burgueses.*¹⁶⁵

Es igualmente cierto que, puesto que la libertad política de los ciudadanos fue apreciada únicamente en tanto que garantía de la libertad civil y de la propiedad privada, el constitucionalismo del siglo XIX no conoció una preferencia incondicionada por la democracia. Modelos como el republicanismo de Kant o la democracia protectora de Bentham (1748-1832) y James Mill (1773-1836) en realidad no decían relación a todos los ciudadanos, sino únicamente a la minoría burguesa. Es bien conocida la práctica generalizada de un sufragio censitario que redujo el derecho de voto a los varones propietarios y que habría de permanecer en vigor hasta que, ya a finales del siglo XIX y comienzos del XX, el movimiento obrero fuera logrando el reconocimiento del sufragio universal masculino. La presentación hecha por Smend de la práctica electoral plutocrática que tuvo lugar en Alemania resulta perfectamente generalizable:

De este modo el derecho electoral adquiere un carácter muy distinto al de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Mientras que aquí el ciudadano poseía los derechos políticos sencillamente por ser ciudadano, ahora se le conceden únicamente en la medida en que sea capaz de asumir la función que ha de ser cumplida por los electores. No van a poder votar todos, sino sólo aquellos que se hallen cualificados para cumplir la misión específica que se les encomienda; y se entiende que éstos van a ser únicamente los propietarios. La posesión de tierras independiza y posibilita el desarrollo de una personalidad firme; sólo la riqueza es lo único que proporciona mayor instrucción y cultura. Así, el derecho electoral activo se vincula a un censo basado en el patrimonio personal, que es lo que hace presumir la existencia de las cualidades necesarias; y como estas cualidades son requeridas aún en mayor grado en la persona del elegido, el derecho electoral pasivo, la elegibilidad, exige un censo todavía más culto y rico. Un derecho electoral censitario plutocrático: esta es la característica esencial

¹⁶⁵ Grimm 2006, 83-84.

*tanto de la teoría como de la práctica constitucional alemana en la primera mitad del siglo XIX.*¹⁶⁶

Para completar el panorama de aquellos primeros regímenes democráticos es necesario aún señalar que la Europa del siglo XIX estuvo profundamente marcada por el principio de la supremacía de la ley en el ordenamiento jurídico. Fuera en la versión francesa de la separación de los poderes o en la inglesa de la omnipotencia del legislativo, lo cierto es que “el constitucionalismo decimonónico... se construyó sobre las bases del dogma de la soberanía parlamentaria”¹⁶⁷, supuesta expresión de la voluntad general, pero herramienta real de la voluntad burguesa, según viene atestiguado por fenómenos tales como las medidas de disolución de los gremios, las leyes de vagancia o las prohibiciones de los sindicatos obreros. Si a ello añadimos el control del parlamento sobre los poderes ejecutivo y judicial que se sigue de la supremacía de la ley, resulta obligado concluir con Zagrebelsky que se trataba de “una sociedad política «monista» o «monoclase»”¹⁶⁸.

Pues bien, teniendo en cuenta ese monopolio del poder político ejercido por la burguesía, así como las prácticas económicas de explotación a que el mismo se ordenaba, cabe afirmar que el discurso oficial de aquel viejo constitucionalismo sobre el “hombre” y su “libertad individual” no pasó de ser retórica ideológica, que, al igual de la concepción funcional de la dignidad, presentó una imagen manipulada de la vida social con la pretensión de legitimarla. La realidad es que la

¹⁶⁶ Smend 1985, 6-7. Durante el reinado de Luis Felipe de Orleans (1830-1848) en Francia sólo votaban unas doscientas mil personas de una población de aproximadamente treinta millones (cf. Marina y De La Válgoma 2000, 109). Adivinando el sentido estrictamente masculino del “hombre” de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, en su *Declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana* (1791) ya Olympe de Gouges había reclamado el voto femenino, que fue denegado. Su *Declaración* fue sucesivamente ignorada y hasta prohibida (cf. Chiaracane 2008, 28). En la primavera del año 1793, la Convención Nacional Francesa confirmó expresamente que “los niños, los locos, los menores, las mujeres, los presidiarios hasta que se rehabiliten, no pueden ser ciudadanos” (citado en Chiaracane 2008, 4).

¹⁶⁷ Jiménez Asensio 2003, 118. Las orientaciones restauracionistas consagradas en el Congreso de Viena (1815) que siguió a la derrota del ejército napoleónico produjeron un cierto resurgimiento del principio monárquico, que se tradujo, en lo que a nosotros nos interesa, en la aparición de Cartas otorgadas y pactadas, frutos del compromiso entre la burguesía y la monarquía, pero finalmente susceptibles de ser modificadas por vía legislativa o, lo que es igual, adecuadas a los intereses de la clase burguesa.

¹⁶⁸ Zagrebelsky 1997, 31. Bien lo percibieron ya entonces Marx y Engels al escribir en el *Manifiesto del partido comunista*: “El poder estatal moderno no es sino un comité encargado de gestionar los intereses comunes de toda la clase burguesa” (Marx y Engels 1986, 56-57).

burguesía fue el verdadero y único sujeto político y económico de los primeros órdenes constitucionales, en neta transgresión, por lo tanto, de la dignidad ontológica.

La nación –es decir, la conciencia nacional–, hija de la época, fue creada como fuente de legitimidad política alternativa a la dinástica y como factor de cohesión social que compensase la atomización de individuos a los que la industrialización y la urbanización, por un lado, y la ideología de la voluntad general ¹⁶⁹, por el otro, estaban privando de sus tradicionales pertenencias comunitarias y anteriores sociedades intermedias. Quizás tal idea nacional pudo alentar en algunas personas y sectores sociales determinados sentimientos de fraternidad, pero éstos no traspasaron, por lo general, el umbral de lo estrictamente imaginario ¹⁷⁰.

No podemos cerrar este epígrafe sin reconocer que, muy a pesar tanto de la restrictiva definición del derecho de sufragio como de la estrecha relación existente entre derechos fundamentales y sociedad burguesa, el constitucionalismo decimonónico nos legó, como veremos en el próximo capítulo, el ideal democrático y un tipo de derechos que, a diferencia de los estamentales, pertenecen a todos ¹⁷¹.

1.4. La dignidad, ¿una autoconciencia específicamente occidental?

Nuestro estudio de la emergencia histórica de la dignidad ontológica ha permanecido en los márgenes de la cultura occidental de origen greco-latino. Es el momento de que nos preguntemos acerca de la presencia de tal concepción de la dignidad en otras tradiciones culturales, debiendo limitarnos, por razón de espacio, a los principales pensadores que a tal respecto suelen ser citados por los estudiosos.

¹⁶⁹ “Importa... para tener una buena exposición de la voluntad general que no existan sociedades particulares en el Estado, y que cada ciudadano opine con arreglo a su manera de pensar” (Rousseau 1983, libro II, cap. 3; p. 59).

¹⁷⁰ Martínez Real 1999, 534-541.

¹⁷¹ “Cuando en su fase originaria [los derechos fundamentales] se pusieron al servicio de los intereses burgueses, ese efecto se produjo como consecuencia, no de la norma jurídica misma (al contrario que en el derecho estamental-feudal, abiertamente discriminatorio), sino únicamente de la situación ante la cual se encontraban los derechos fundamentales en sus comienzos...: las condiciones materiales que hacían utilizable de manera efectiva la libertad formal estaban a disposición de la burguesía, mientras que los estratos inferiores carecían de ellas” (Grimm 2006, 103).

Batista Freijedo señala que la antigüedad china se adelantó a la griega en el discurso sobre el gobierno de las leyes frente al de los hombres y que Confucio (551-479 a.C.), en particular, escribió sobre el respeto a la dignidad del individuo como deber del buen gobierno. Peces-Barba, por su parte, nos brinda el siguiente pasaje confuciano: “En el hombre no hay sino el hombre soberanamente perfecto por la pureza de su alma que sea capaz de distinguir y fijar los deberes de las cinco grandes relaciones que existen en el imperio de los hombres... Un hombre así, soberanamente perfecto, tiene, en sí mismo, el principio de sus acciones”¹⁷². Ni al uno ni al otro se les oculta, no obstante, que se trata de antecedentes muy remotos de la concepción moderna de la dignidad y de los derechos¹⁷³, de modo muy semejante a la sucedido en Occidente con el pensamiento estoico.

Buda (563-486 a.C.), por su parte, enseñó las *Cuatro nobles verdades* para avanzar en el camino de la liberación del sufrimiento¹⁷⁴. La palabra nobleza, según él, es la que expresa la más auténtica condición del ser humano, su dignidad e integridad, de tal modo que la finalidad de su enseñanza no es otra que desarrollar las potencialidades de la persona¹⁷⁵. La moral budista no es un código de prohibiciones ni de mandatos, sino una actitud de benevolencia hacia toda forma de vida. Ahora bien, Buda se sitúa muy lejos de la concepción moderna al entender que el “yo” o el “individuo” no es sino una falsa idea relativa a una conjunción provisional de cinco elementos efímeros (el cuerpo, las sensaciones, las percepciones, las formaciones mentales y la conciencia o

¹⁷² Confucio. *Chung-Yung o la Invariabilidad en el medio*, citado por Peces-Barba 2002, 22.

¹⁷³ “Sin embargo, la idea de derechos humanos tal cual la conocemos hoy es relativamente reciente y se ubica en el pensamiento liberal revolucionario de finales del siglo XVIII” (Batista 2005, 41-42). “El concepto de dignidad humana es un concepto propio del mundo moderno, con unos antecedentes en otras culturas como la china, o la clásica greco-romana” (Peces-Barba 2002, 28).

¹⁷⁴ La universalidad del dolor, el ansia del placer, el nirvana o la cesación del dolor y el óctuple sendero para llegar al nirvana: el recto entendimiento, el recto pensamiento, el recto lenguaje, la recta acción, el recto medio de vida, el recto esfuerzo, la recta atención y la recta concentración (cf. Sierra 2008).

¹⁷⁵ Cf. Núñez 2008.

el conocimiento) ¹⁷⁶ y que la meta o el nirvana consiste en la abolición de toda voluntad, constituyendo “un estado inimaginable de inconsciencia absoluta y de no-ser” ¹⁷⁷.

Moreno Lax refiere que las *Leyes de Manú*, que ofrecen una fotografía ideal de la vida en la India bajo la influencia de los antiguos brahmanes, llegaron a reconocer una particular nobleza a los más débiles: “Los niños, los ancianos, los pobres y los enfermos deber ser considerados los señores de la atmósfera” ¹⁷⁸. Sin embargo, el trasfondo sustancial venía dado por una radical división de los hombres en castas a causa de la supuesta diversidad de sus orígenes, así como por las consiguientes diferencias de dignidad y de derechos reconocidos a cada una de ellas ¹⁷⁹.

Las etnias africanas tradicionales, por su parte, tampoco conocieron derechos individuales y, por ello, universales. Por supuesto que existieron sistemas de derechos, pero vinculados a la

¹⁷⁶ “Lo que denominamos un «ser», «individuo» o un «yo» es sólo un nombre o una etiqueta que se da a esa combinación de cinco grupos. Todos ellos son impermanentes y constituyen un flujo momentáneo que surge y cesa. Un fenómeno desaparece y condiciona la aparición del siguiente en una serie interminable de causa y efecto. No hay substancialidad ni nada detrás de los mismos que pueda considerarse un ser (ātma) permanente, individualidad o algún ente que pueda ser llamado «yo». Todos están de acuerdo en que ni la materia, sensación, percepción, alguna actividad mental y la conciencia pueden realmente ser consideradas como un «yo». Pero obtenemos la idea de que existe un «yo» cuando estos cinco agregados físicos y mentales, que son interdependientes, trabajan juntos y en combinación como un mecanismo psico-fisiológico. Pero esto es sólo una falsa idea mental” (Rahula 2008).

¹⁷⁷ Samuel 2000, 75.

¹⁷⁸ *Leyes de Manú*, citado por Moreno 2001, 259.

¹⁷⁹ “Los hombres, aunque iguales en la forma exterior del cuerpo, no lo son por parte de su origen, naturaleza y dignidad, pues se dividen en cuatro clases o castas: *a*) la sacerdotal o los *brahmanes*, que salieron de la cabeza de Brahmâ; *b*) la militar o *kchatriyas*, nacidos del pecho de Brahmâ; *c*) la casta comerciante, o sea los *vaicyas*, oriundos del vientre de Brahmâ; *d*) y finalmente, los siervos o *çudras*, que deben su origen a los pies de la divinidad brahmánica. Los derechos y deberes de estas cuatro castas están en relación con su nobleza y dignidad. Según el código de Manú, pertenece a los brahmanes «el estudio y la enseñanza de los Vedas, la ejecución de los sacrificios propios y la dirección de los ofrecidos por otros, el derecho de dar y el de recibir». El deber de la casta segunda o militar, es «proteger al pueblo, ejercer la caridad, sacrificar, leer los libros sagrados y no entregarse a los placeres de los sentidos. Cuidar los animales, dar limosna, estudiar los libros santos, trabajar la tierra, son las funciones que corresponden al *vaicya*. Mas el Señor supremo señaló a los *çudras* un solo oficio, que es el servir a las tres clases anteriores»” (González 2008).

pertenencia al grupo, lo que significa que “el individuo no tiene derechos por sí mismo, derivados de su valor o dignidad”¹⁸⁰.

Podemos decir, en conclusión, que tampoco las culturas tradicionales diferentes de la occidental alumbraron el tipo de concepción de la dignidad que llamamos ontológica. Las referencias que en ellas pueden encontrarse constituyen antecedentes de carácter muy remoto y operan siempre sobre en el marco de una concepción holista de la sociedad y, por ende, de una visión funcional del ser humano singular.

Tal conclusión puede ser confirmada mediante el testimonio de Eusebio Fernández, quien refiere que, movido por el propósito de validar la hipótesis de un progreso histórico lineal y acumulativo, durante varios meses se dedicó al estudio de las culturas antiguas en busca de precedentes para la idea moderna de los derechos naturales de todos los seres humanos, “pero con frecuencia era consciente de que estaba forzando demasiado los datos que tenía entre manos (...) Sin duda mi intento estaba llamado al fracaso, ya que era fácil advertir que de historia lineal y acumulativa había muy poco”¹⁸¹.

La dignidad ontológica resulta ser específica de esta cultura, originariamente occidental, que llamamos modernidad. Baccelli afirma que probablemente sea ese rasgo el más valorado por quienes padecen opresión de otras culturas. A pesar de la amplitud del pasaje en cuestión, vale la pena transcribirlo *in extenso* a causa de su belleza y, sobre todo, de su profundidad:

Para Feinberg, el uso característico de los derechos es el «ser pretendidos, reclamados, afirmados, reivindicados»; y, lo que es más importante, «es el acto de reivindicar el que confiere a los derechos su específico significado moral», en el sentido de que «tener derechos nos permite ‘ponernos de pie como hombres’, mirar a los demás a los ojos y sentirnos fundamentalmente iguales a cualquier otro». Creo que es este rasgo el que hace al lenguaje de los derechos particularmente adecuado para asumir la perspectiva «ex parte populi» (...)

¹⁸⁰ Fernández 2008, 36. Añade: “No es posible hacer converger una concepción individualista de los derechos humanos (el individuo tiene derechos por su propia dignidad) con una concepción comunitarista o colectivista de los derechos (el individuo tiene derechos por ser miembro de un grupo). La historia de los derechos humanos (la real) es la que despliega la concepción individualista, mientras que la historia desarrollada según la concepción comunitarista es pura ficción”.

¹⁸¹ Fernández 2008, 8-9. “El paradigma universalista de los derechos fundamentales [ha sido] producido sin duda por la cultura occidental” (Ferrajoli 2001b, 363).

*tengo las impresión de que es este elemento, que acaso sea una típica expresión de la cultura occidental, el que resulta más fácilmente reconocido y valorado desde el interior de otras culturas... la idea de la reivindicación, de la búsqueda de reconocimiento, de oposición al poder y a la opresión. El elemento tendencialmente universalista de los derechos fundamentales no creo que pueda buscarse tanto en su contenido –o en su estructura formal– como en el empeño de afirmarlos, reivindicarlos y movilizarse para obtenerlos (...) lo que probablemente las «otras» culturas –o, mejor dicho, los oprimidos dentro de las «otras» culturas– reconocen en el lenguaje occidental de los derechos es justamente la valorización de este gesto, cuando menos igualmente humano, de alzarse y reaccionar, de afirmar su propia dignidad (...) Algo semejante a la kantiana «salida de la minoría de edad».*¹⁸²

Nada de lo dicho, sin embargo, ofrece fundamento alguno a aquellas tesis ideológicas y políticas autoritarias¹⁸³ que niegan, de un modo más o menos frontal, la actual relevancia universal de los derechos humanos y de la democracia, tal y como hacen, por ejemplo, los funcionarios de administraciones públicas o intelectuales vinculados a ellas que se autodenominan defensores de los valores asiáticos. Frente a ellos, el Dalai Lama, líder espiritual del budismo, ha mantenido que “los derechos humanos son de interés universal porque en la naturaleza intrínseca de la totalidad de los seres humanos están las ansias de libertad, igualdad y dignidad que todos tienen el derecho de disfrutar y ejercitar”¹⁸⁴. Igualmente significativas han sido las intervenciones del economista indio Sen, haciendo valer la teorización consciente de la tolerancia y de la libertad en importantes sustratos de la tradición asiática. Los derechos y la democracia, en efecto, no son más tradicionalmente occidentales que tradicionalmente asiáticos porque, como él señala, la defensa

¹⁸² Baccelli 2001, 208-209.

¹⁸³ Wee Kim Wee, entonces presidente de Singapur, elaboró en 1989 una Carta de valores singapureños que debían ser protegidos de la influencia cultural de Occidente, entre los cuales se encontraban la sociedad por encima del yo, la familia como célula básica de la sociedad, el apoyo de la colectividad al individuo, el consenso como método de resolución de conflictos y la armonía racial y religiosa (cf. Marina y De La Válgoma 2000, 130). En la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993 varias delegaciones oficiales asiáticas enfatizaron las diferencias culturales entre su continente y el europeo. El portavoz del Ministro de Asuntos Exteriores chino llegó incluso a sostener que “los individuos tienen que anteponer los derechos del Estado a los suyos propios” (citado por Sen 2001, 130).

¹⁸⁴ Dalai Lama 1999, 9.

de la democracia y de la libertad política en el sentido moderno no puede encontrarse en la tradición premoderna de ninguna parte del mundo, “ni del Este ni del Oeste”¹⁸⁵.

Lo anterior nos conduce, finalmente, a señalar que, por más que el origen histórico de la concepción ontológica de la dignidad se sitúe en la modernidad occidental, las más diversas tradiciones religiosas han llegado en nuestros días a suscribirla. Así, por ejemplo, los participantes en la I^a Asamblea Mundial de “Religiones por la Paz”, celebrada en Kioto en 1970, declararon tener en común, entre otros elementos, “la certeza de una unidad fundamental de la familia humana y de la igualdad y la dignidad de todos los hombres; el sentimiento de la intangible dignidad de cada uno y de su conciencia; el sentimiento del valor de la comunidad humana...”¹⁸⁶. Entre ellos, aunque sin ejercer representación institucional, se encontraban eminentes miembros de las tradiciones cristiana, judía, budista, confucionista, hindú, musulmana, zoroastrista y otras de tipo más minoritario.

No puede decirse lo mismo, desgraciadamente, sobre las autoridades y órganos estatales, que en importantes regiones del planeta siguen manifestando una escasa o nula adhesión a la dignidad ontológica. Al caso de los países asiáticos anteriormente referido cabe añadir al menos el de los Estados islámicos, sin por ello ignorar que las situaciones no son idénticas, pues, mientras que los primeros no disponen de nada parecido a un sistema interasiático de derechos humanos, entre los segundos el problema consiste en una muy peculiar interpretación de la dignidad humana.

Así, en su *Declaración de derechos humanos en el Islam*, la XIX^a Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores, celebrada en El Cairo en 1990, tras decirse “consciente de la dignidad del ser humano en el Islam, en tanto que representante de Allah en la tierra”, establece:

¹⁸⁵ Sen 2001, 144. “El intento de impedir la libertad de participación recurriendo a valores tradicionales (como el fundamentalismo religioso, las costumbres políticas o los llamados valores asiáticos) no tiene en cuenta la cuestión de la legitimidad y la necesidad de que las personas afectadas decidan qué quieren –y qué razones tienen para– aceptar” (Sen 2000, 51).

¹⁸⁶ Citado por Martín 2008. Más recientemente, la VIII^a Asamblea Mundial de “Religiones por la Paz”, celebrada en el 2006, ha incluido en su *Declaración de Kioto*: “Compartimos la convicción de la unidad fundamental de la familia humana, y la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos. Afirmamos la sacralidad del individuo y la importancia de su libertad de conciencia” (Asamblea Mundial de “Religiones por la Paz”, 2006).

La humanidad entera forma una sola familia unida por su adoración a Allah y su descendencia común de Adán. Todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana, así como en el de las obligaciones [para con Allah] y las responsabilidades sin distinción de raza, color, lengua, sexo, creencia religiosa, filiación política, nivel social o cualquier otra consideración. Sólo la verdadera religión garantiza el desarrollo de esa dignidad por medio de la integridad humana (...)

Todos los derechos y los deberes estipulados en esta declaración están sujetos a los preceptos de la Sharía islámica.

*La Sharía islámica es la única fuente de referencia para la aclaración o interpretación de cualquiera de los artículos del presente documento.*¹⁸⁷

Resulta evidente, a nuestro juicio, que la fundamentación de la unidad de la humanidad en la adoración a Allah, el énfasis sobre las obligaciones, la afirmación de la necesidad de la verdadera religión para el desarrollo de la dignidad, así como la subordinación de la *Declaración* a la ley islámica nos sitúan ante un documento incompatible con la concepción ontológica de la dignidad.

Por otra parte, en el preámbulo de la *Carta árabe de los derechos del hombre* adoptada en 1994 por el Consejo de la Liga de los Estados Árabes se declara que aquélla emana de

la creencia de la nación árabe en la dignidad humana desde que Dios la honró al convertir al Mundo Árabe en el lugar del nacimiento de religiones y civilizaciones que confirman su derecho a una vida de dignidad basada en la libertad la justicia y la paz, Siguiendo los principios eternos de la hermandad e igualdad entre todos los seres humanos establecidos firmemente por la Sharía islámica y las demás religiones de revelación divina (...) Reafirmando los principios de la Carta de Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los dos Pactos Internacionales de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, por un lado, y Económicos, Sociales y Culturales, por el otro, así como la Declaración del Cairo de Derechos Humanos del Islam.

Esta Carta necesitaría un análisis más profundo y detenido del que podemos permitirnos, pero parece poder decirse, al menos, que adolece de eclecticismo, pues no renuncia, de hecho, a reafirmar la *Declaración de derechos humanos del Islam*, cuya incompatibilidad con la concepción ontológica de la dignidad acabamos de considerar manifiesta.

¹⁸⁷ Conferencia Islámica 1990, arts. 1.a, 24 y 25 respect.

A la vista de lo anterior cabe concluir el exceso de optimismo en que incurre Häberle al afirmar que la aceptación de la dignidad del ser humano es “un elemento constitutivo de la cultura mundial actual”¹⁸⁸. Admitimos de buen grado, tal como él propone, un “margen de apreciación” de los derechos humanos en el que éstos pueden adquirir formas y coloraciones particulares en unos u otros contextos culturales, pero en los casos citados –de forma perfectamente clara al menos en la *Declaración de derechos humanos en el Islam*– los márgenes interpretativos de la dignidad son tan amplios que nos encontramos, en realidad, ante concepciones de la persona humana solamente homónimas por relación a la de la modernidad occidental¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Häberle, Peter. *Europäische Rechtskultur*, citado por Sandkühler 2008, 21. Resulta mucho más realista la apreciación de Dworkin con respecto a su segundo principio o dimensión de la dignidad humana: “Muchas culturas no reconocen que la dignidad requiera la responsabilidad personal, o la reconocen sólo para el hombre y no para la mujer, o sólo para personas que son referentes religiosos o sociales, o para personas con rango” (Dworkin 2008, 36).

¹⁸⁹ Lo que permite entender que, según la Constitución iraní, “la persona, la vida, los bienes, los derechos, la dignidad, el hogar y el trabajo de las personas son inviolables, *excepto en las situaciones que permita la ley* (cursivas nuestras)”. (*Constitución de la República Islámica de Irán*, principio 22º).

CAPÍTULO II: ANTROPOLOGÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Tras haber comprobado la máxima importancia jurídica actualmente reconocida al concepto de dignidad humana, en el capítulo I hemos pretendido poner de relieve la interpretación del mismo que resulta cónsona con la moderna tradición cultural de que procede.

Necesitamos ahora dotarnos del adecuado marco teórico que nos permita fundamentar la comprensión de esa autoconciencia específicamente moderna que es la dignidad ontológica como trasfondo del fenómeno neoconstitucional o Estado constitucional democrático y social. A tales fines, recurriremos, en primer lugar, a los aportes sociológico y politológico efectuados por Castoriadis y por Ossipow, respectivamente, para, a continuación, centrarnos ya en el ámbito del pensamiento jurídico mediante la consideración de planteamientos como los de Smend y Häberle.

2.1. El imaginario social y las instituciones

Posee una gran potencialidad heurística concebir las instituciones, según el sugestivo enfoque de Castoriadis, como realizaciones del imaginario social. El pensamiento de este autor sobre la vida social gira, en efecto, alrededor de una teoría de la imaginación. Según él, cada sociedad se constituye como tal y mantiene unida, a pesar de sus eventuales conflictos internos, al instituir –e instituirse como– un magma de significaciones imaginarias sociales que escapan a los parámetros lógicos y poseen un carácter irreductible ¹⁹⁰.

Lo que mantiene unida a una sociedad es, desde luego, su institución, la suma total de sus instituciones particulares, a las cuales yo llamo «la institución de la sociedad como un todo» (...) Éstas forman un todo coherente y funcionan como tal (...) Esta unidad es la unidad y la cohesión interna de la inmensa y complicada red de significaciones que atraviesan, orientan y dirigen toda la vida de una sociedad, y a los individuos concretos que la constituyen realmente. Esta red de significados es lo que yo llamo el magma de las significaciones imaginario

¹⁹⁰ “No debemos pensar el mundo de las significaciones sociales como un doble irreal de un mundo real (...) hemos de pensarlo como posición primera, inaugural, irreductible de lo social-histórico y del imaginario social tal y como se manifiestan en cada ocasión en una sociedad dada; posición que se hace presente y se figura en y por la institución, como institución del mundo y de la propia sociedad. Es esta institución de las significaciones la que establece para cada sociedad lo que es y lo que no es, lo que vale y lo que no vale” (Castoriadis, Cornelius. *L’institution imaginaire de la société*, citado por Giust-Desprairies 2002, 1).

*sociales, las cuales son llevadas por la sociedad e incorporadas a ella y, por así decirlo, la animan.*¹⁹¹

Fuertemente opuesto a todo tipo de determinismo histórico, Castoriadis enfatiza que la sociedad es “autocreación” a partir del “imaginario social o la sociedad instituyente (como lo que se opone a la sociedad instituida)”¹⁹², “una cuasi totalidad cohesionada por las instituciones... y por las significaciones que estas instituciones encarnan (...) Cada sociedad particular es una creación específica, la emergencia de otro *eidós* en el seno del *eidós* genérico «sociedad»”¹⁹³.

Tenemos, en definitiva, que las instituciones de una sociedad incorporan y encarnan sus correspondientes significaciones imaginarias, existiendo, por lo tanto, congruencia entre éstas y aquéllas: “las instituciones y las significaciones imaginarias sociales deben ser coherentes”¹⁹⁴.

Entre las significaciones citadas por Castoriadis –tótems, tabúes, dioses, Dios, pecado, polis, mercancías, riqueza, recuerdos, comodidad, patria, etcétera¹⁹⁵– resultan especialmente pertinentes para nuestro tema las relativas tanto a la moral como a la antropología. Acerca de las primeras escribe:

*Ninguna sociedad puede existir sin una definición, más o menos segura, de los valores sustantivos compartidos, de los bienes sociales comunes... Estos valores representan una parte esencial de las significaciones imaginarias sociales establecidas. Definen el empuje de cada sociedad; suministran normas y criterios no formalmente instituidos...; finalmente, sostienen el mandato institucional explícito.*¹⁹⁶

¹⁹¹ Castoriadis 1986, 4-5. “Llamo imaginarias a estas significaciones porque no tienen nada que ver con las referencias a lo racional o a los elementos de lo real, o no han sido agotadas por ellos, y porque son sustentadas por la creación. Y las llamo sociales porque existen sólo si son instituidas y compartidas por una colectividad impersonal y anónima” Castoriadis 1986, 5).

¹⁹² Castoriadis 1986, 5. Cf. Castoriadis 1997, 4.

¹⁹³ Castoriadis 1997, 4-5.

¹⁹⁴ Castoriadis 1997, 7.

¹⁹⁵ Cf. Castoriadis 1997, 4; Castoriadis 1986, 5. “Toda sociedad es un sistema de interpretación del mundo” (Castoriadis 1986, 6).

¹⁹⁶ Castoriadis 1996.

Otras significaciones, como decimos, guardarían relación con “individuo mismo, tanto en general como en el tipo y la forma particulares que le da la sociedad considerada”¹⁹⁷.

Pues bien, al final de la Edad Media, según nuestro autor, la autonomía adquirió un trascendental relieve en tanto que significación emergente: “desde hace siglos, el Occidente moderno está animado por dos significaciones imaginarias totalmente opuestas, aunque se han contaminado recíprocamente: el proyecto de autonomía individual y colectiva... y el proyecto capitalista...”¹⁹⁸.

Con el propósito de poner de relieve la coherencia existente entre las significaciones imaginarias y las instituciones, el politólogo Ossipow denomina a aquéllas el *ethos* subjetivo y a éstas el *ethos* objetivo: las significaciones de una determinada sociedad vendrían, pues, a objetivarse, plasmarse, cristalizar o proyectarse en sus instituciones¹⁹⁹. Valga indicar que esa misma óptica teórica se encuentra también en la sociología de Ansart²⁰⁰ o en la filosofía política propuesta por Popper²⁰¹.

Se trata, ciertamente, de un planteamiento que, gracias a los estudios antropológico-culturales de carácter empírico que nos han permitido captar más adecuadamente el papel de la dimensión simbólica en el sistema social, se encuentra generalizado en las ciencias sociales y en la filosofía

¹⁹⁷ Castoriadis 1998a, 67.

¹⁹⁸ Castoriadis 1998b, 13.

¹⁹⁹ Cf. Ossipow 1985.

²⁰⁰ “Toda sociedad crea un conjunto coordinado de representaciones, un imaginario a través del cual se reproduce y por el que, en particular, el grupo se designa a sí mismo, distribuye las identidades y las funciones, expresa las necesidades colectivas y los fines que deben ser realizados. Tanto las sociedades modernas como las sociedades sin escritura producen esos imaginarios sociales, esos sistemas de representaciones a través de los cuales se autodesignan y fijan simbólicamente sus normas y sus valores” (Ansart 1977, 21).

²⁰¹ “Las instituciones son siempre ambivalentes en el sentido de que, en ausencia de una tradición fuerte, pueden servir también para el fin contrario del que se pretendía... Entre las tradiciones que tenemos que contar como las más importantes está lo que podemos llamar el «marco moral» de una sociedad (que corresponde al «marco legal» institucional). Eso incorpora el tradicional sentido de justicia o *fairness* de la sociedad, el grado de sensibilidad moral que ha alcanzado” (Popper, Karl. *Conjectures and Refutations*, citado por Cortina 1993, 173).

política ²⁰². Posee, además, una honda raigambre tradicional, pues, como apunta Smend, la idea de la emanación de las instituciones a partir de la individualidad de un pueblo resultó básica tanto para Montesquieu como para Hegel ²⁰³.

Debe señalarse, asimismo, que nos encontramos ante una planteamiento profundamente presente en la weberiana sociología de la acción, es decir, de la conducta significativamente comprensible para el propio sujeto: en esta perspectiva, fenómenos grupales tales como un Estado, una cooperativa, una compañía anónima, una nación o un cuerpo militar “no son otra cosa que desarrollos y entrelazamientos de acciones específicas de personas individuales, ya que tan sólo éstas pueden ser sujetos de una acción orientada por su sentido” ²⁰⁴ o significado.

Weber, efecto, adoptó la expresión goetheana “afinidad electiva” para designar el proceso de convergencia y mutuo reforzamiento entre formas culturales –en el más amplio sentido de la palabra: religiosas, intelectuales, políticas, económicas, etcétera–, haciendo particularmente uso de tal concepto en el estudio de la relación entre las creencias religiosas y las formaciones sociales, lo que le permitió afirmar la existencia de congruencias entre, por ejemplo, la mentalidad sectaria y la estructura democrática o –en el caso más conocido– entre el ascetismo puritano y el capitalismo naciente. Es verdad que no llegó a definir la expresión “afinidad electiva”, pero el empleo sinonímico de otras tales como “parentesco íntimo”, “estrecho

²⁰² E igualmente común en las jurídicas. Valgan como ejemplos: “El sistema burocrático que sigue caracterizando a las magistraturas continentales es la expresión de la vieja fractura entre política y derecho (...) Esta asimilación de fondo con los aparatos administrativos se manifiesta con especial evidencia en los mecanismos de selección y de reclutamiento” (Guarnieri 1999, 40). “Un sistema de garantías simboliza la creencia de que se desconfía del cumplimiento, respeto o satisfacción de los derechos” (Garrido 2007, 169).

²⁰³ Cf. Smend 1985, 167. Tal es, en efecto, el enfoque del *Espíritu de las leyes* y de la *Fenomenología del Espíritu*. Hegel llamaba “eticidad” a la razón práctica en tanto que realizada en las costumbres, formas de vida e instituciones como “ser ético objetivo” (Hegel, Georg Wilhelm F. *Principios de filosofía del derecho*, citado por Cortina 2007b, 154). Parece deber decirse, en lo que a Montesquieu respecta, que el principio de división del poder político y de separación de los poderes resultantes cristaliza una actitud de desconfianza hacia toda persona y, en particular, hacia quienes ejercen el poder político: “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites (...) Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder” (Montesquieu 1993, libro XI, cap. VI).

²⁰⁴ Weber 1964, 12.

maridaje” o “continuidad interna”²⁰⁵ nos ofrece una idea suficiente tanto del alcance semántico de la misma como de su correspondencia con la idea de la coherencia entre significaciones imaginarias e instituciones sociales que antes hemos encontrado en el pensamiento de Castoriadis.

La filosofía hegeliana, sin ningún género de dudas, es idealista y algo semejante podría pensarse respecto de la sociología de Castoriadis dado que atribuye un carácter irreductible al magma de significaciones imaginarias sociales. En lo que a nuestro propio enfoque respecta, vale precisar que nos limitamos a considerar la dignidad ontológica como sustrato antropológico y antroponómico de la formación político-jurídica que es el Estado constitucional democrático y social, independientemente de la incidencia que sobre la aparición histórica de tal autoconciencia hayan podido tener cualesquiera condiciones sociales, incluidas las económicas²⁰⁶.

2.2. La cultura y la Constitución

Un segundo paso nos conduce ya al ámbito específico del derecho. Creemos que es precisamente esa óptica en la que las instituciones son vistas como realizaciones del imaginario social la que opera tanto en la teoría axiológica de los derechos fundamentales de Smend como en la teoría de la Constitución como ciencia de la cultura de Häberle. Es este último autor, por lo demás, quien sugiere la relación existente entre ambas al citar la metodología de Smend entre los precedentes de su propio trabajo, sin por ello ocultar ni su fundamental referencia a Heller ni el hecho de que

²⁰⁵ Weber 1994b, 39, 62 y 152 nota 80 respect. Cf. Löwy 2004, 93-103.

²⁰⁶ Del mismo modo que Weber, tras haber mostrado que el ascetismo “contribuyó en lo que pudo a construir el grandioso cosmos de orden económico moderno”, advierte en las últimas líneas de su obra que “ahora debería investigarse la manera como el ascetismo protestante fue influenciado a su vez en su desenvolvimiento y características fundamentales por la totalidad de las condiciones culturales y sociales, singularmente económicas, en cuyo seno nació (...) nuestra intención no es tampoco sustituir una concepción unilateralmente «materialista» de la cultura y de la historia por una concepción contraria de unilateral causalismo espiritualista. Materialismo y espiritualismo son interpretaciones igualmente posibles, pero como trabajo preliminar; si, por el contrario, pretenden constituir el término de la investigación, ambas son igualmente inadecuadas para servir a la verdad histórica” (Weber 1994b, 258-262).

el impulso pionero en la concepción de la ciencia jurídica como ciencia de la cultura correspondiera a Radbruch²⁰⁷.

2.2.1. La teoría axiológica de los derechos fundamentales

A. Un giro hacia las ciencias del espíritu

Smend fue deudor de Dilthey, pionero en defender que las “ciencias del espíritu”²⁰⁸ debían abandonar un estatuto epistemológico de corte positivista, importado de las ciencias naturales y orientado a explicar los fenómenos en términos de causalidad, para dotarse de un método de trabajo de tipo histórico y comprensivo por ser éste el adecuado a la especificidad de su objeto de estudio, a saber, el conjunto de manifestaciones personales y sociales de la vida humana.

Tal es, sin lugar a dudas, la orientación epistemológica de Smend al señalar la imperiosa necesidad de que la teoría jurídica del Estado efectúe un “giro hacia el método de las ciencias del espíritu”, pues –alega– “el Estado es una forma de la cultura”, “no es un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda”²⁰⁹. El derecho constitucional tendría por objeto precisamente

el Estado en cuanto parte de la realidad espiritual (...) el derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu, y, por tanto, no es entendible sin aquéllas; y a la inversa, éstas no son realizadas en forma plena y

²⁰⁷ “La Teoría del Derecho y del Estado... hizo suya esta temática durante la época de Weimar, de tal modo que fue la Teoría del Estado de H. Heller sobre todo la que se apoyó manifiestamente en los esfuerzos de Max Weber y de Dilthey, considerándola en principio como ciencia de la cultura. Por otra parte, también se pueden rastrear indicios concretos de ello en R. Smend (al reorientar más tarde su metodología en torno a la historia del pensamiento y a la axiología o teoría de los valores), en G. Holstein y A. Hensel...” (Häberle 2000, 67-68; sobre Heller cf. 76).

²⁰⁸ Se trata de las actualmente denominadas humanas y sociales. Son “ciencias del espíritu” aquellas que pretenden “describir y analizar los hechos histórico-sociales”. Tal denominación no le resulta satisfactoria, pues “los hechos de la vida espiritual no están separados de la unidad vital psico-física de la naturaleza humana” pero sí la “menos inadecuada” de entre las entonces empleadas: “ciencias de la sociedad (sociología), ciencias morales, históricas, de la cultura” (Dilthey 1980, 40-41).

²⁰⁹ Smend 1985, 51, 95 y 61 respect.

*permanente sin su positivización jurídica (...) para hacerle justicia al derecho positivo hay que verlo en su dependencia respecto de aquellos constitutivos esenciales.*²¹⁰

*La Constitución [de Weimar] es malentendida e infravalorada si se la interpreta como que presupone al Estado como una realidad fija no conceptuable y como que le da ahora determinados órganos jurídico-societarios de formación de la voluntad y le traza determinados límites a través de los derechos fundamentales. Más bien, regula la Constitución su verdadera sustancia misma, que no es una existencia inmóvil o una relación existente, sino simplemente vida que fluye, que se renueva constantemente. La Constitución da a esta vida formas en cuya actualización tiene esa vida su única realidad, en las que se renueva...*²¹¹

Pues bien, uno de tales constitutivos esenciales del derecho constitucional viene dado, según nuestro autor, por la “imagen antropológica del hombre”, con la cual trabaja conceptualmente y cuya conceptualización resulta ser condición de posibilidad de la intelección de las disposiciones en él contenidas. Tal imagen le parece básicamente deducible a partir del catálogo de derechos fundamentales.

*El concepto y la imagen del hombre o del burgués que posee una época determinada es uno de los requisitos lógicos del Derecho de la época. De tal manera que el Derecho positivo resulta incomprensible si no se tiene en cuenta esa condición que supone la imagen antropológica del hombre (...) El sistema [jurídico], en cuanto globalidad cerrada y específica, presupone también un tipo de hombre y de ciudadano específico y determinado, con el que trabaja conceptualmente, y cuya conceptualización es, por tanto, condición inexcusable para la inteligibilidad de sus disposiciones jurídicas.*²¹²

²¹⁰ Smend 1985, 62 y 66 respect.

²¹¹ Smend 2005, 6. “La necesidad de integrar los elementos fácticos y normativos, esto es, la realidad histórico-política y la realidad jurídica, en un sistema unitario sobre la que fundamentó Smend su teoría de la integración, es la misma necesidad que condujo a Heller a concebir la Constitución no sólo como un conjunto de normas emanadas del Estado (*normatividad*), sino además, y junto a ellas, como un conjunto de elementos no normados (*normalidad*) que compondrían los supuestos extrajurídicos e históricos de la realidad constitucional. Lo que significa que frente a la metafísica en la que el positivismo jurídico había terminado colocando la problemática constitucional, el Derecho Constitucional rescataba las categorías de espacio y tiempo, y adquiriría dimensiones concretas e históricas evidentes (...) Sobre las pautas abiertas por ellos, más recientemente, cabría mencionar los nombres de un Müller, un Bäumlím, un Hesse, un Häberle, etc., quienes, al concebir la Constitución no sólo como un ordenamiento jurídico del Estado, sino como constitución de la sociedad abren efectivamente el camino a un recto planteamiento de la temporalidad y la historicidad en el ámbito del Derecho Constitucional” (De Vega 2007, 25 y 46).

²¹² Smend 1985, 251, cf. 252-253.

La percepción de la necesaria existencia de un determinado sustrato antropológico en todo ordenamiento jurídico fue común entre los autores que participaron en la propuesta de una concepción de la ciencia jurídica como ciencia de la cultura durante el período de Weimar. Valga el testimonio de Radbruch:

*Los cambios que hacen época en la historia del Derecho se hallan determinados, más que por ningún otro factor del pensamiento jurídico, por las transformaciones que experimenta la imagen del hombre tal como el legislador la concibe (...) Todo orden jurídico tiene que partir necesariamente de una imagen general, de un tipo medio de hombre. Si queremos tener ante nosotros la imagen del hombre sobre la que descansa un determinado orden jurídico, no tenemos más que fijarnos en lo que ese orden jurídico ha plasmado como derechos subjetivos y en lo que ha plasmado como deberes jurídicos.*²¹³

Junto a la imagen del hombre, Smend identificó también un núcleo de valores como importantísima significación imaginaria –dicho en términos de Castoriadis–, que es positivizada en el derecho constitucional y realizada en el Estado.

*...el Estado no es una esencia real «en sí», que pueda ser utilizada con el fin de realizar determinados objetivos exteriores a él mismo. Antes al contrario, el Estado es real únicamente en la medida en que es realización de un significado material, es más, el Estado se identifica con la realización de dicho significado material. Su explicación o su justificación no depende de su vinculación teleológica con objetivos o finalidades que se hallan fuera de él, sino justamente en su naturaleza sustantiva como realización de valores.*²¹⁴

Se entiende que esta perspectiva, a diferencia de lo sucedido en el positivismo jurídico característico del Estado liberal y en las concepciones puramente procedimentales del

²¹³ Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, citado por Gutiérrez 2005, 9-10. Igualmente sucede en la ciencia política y en la filosofía política: “Si se aspira a demostrar que un modelo de sistema político o de sociedad, sean los existentes o unos no existentes pero deseados, es viable..., hay que formular algunas hipótesis acerca de los seres humanos que lo van a hacer funcionar y con los que va a funcionar. ¿De qué comportamiento político son capaces?” (Macpherson 1982, 13).

²¹⁴ Smend 1985, 94. “La condición para que los valores tengan eficacia y vida propias es la misma comunidad en la que son vividos y a la que actualizan. Y viceversa: también la comunidad depende de los valores que la sustentan”. “Es cierto que no existe, en última instancia, ningún modo de integración formal sin una comunidad material de valores, del mismo modo que no es posible la integración a través de valores sustantivos si no existen formas funcionales” (Smend 1985, 93 y 92 respect.).

parlamentarismo ²¹⁵, permitiera a Smend colocar en el punto de mira de la teoría jurídica del Estado y del derecho constitucional la cuestión de la legitimidad: “El fundamento de la legitimidad son los valores concretos que actúan, por un lado, como factores y, por otro, como elementos básicos de la validez de un orden jurídico político determinado” ²¹⁶.

Es, además, ese sustrato material socialmente compartido que son los valores el que adquiere cuerpo tanto en la democracia como en los derechos fundamentales: aquélla “vive, no del relativismo (en todo caso, fuera de Viena), sino de una unidad existente, a través del derecho, en los valores materiales de la comunidad popular” ²¹⁷; los derechos fundamentales, por su parte,

²¹⁵ “El liberalismo desconoce totalmente el problema de la naturaleza del Estado; por eso no va más allá de una teoría del Estado que lo considera como instrumento técnico, o incluso como mal menor”. “La caracterización de Max Weber de las formas de Estado como puras técnicas políticas es... en principio errónea. Una cierta falta de sensibilidad hacia lo estatal revela el Estado liberal y también el parlamentarismo por él sostenido y ello se evidencia sobre todo en el hecho de aquél carece de un «pathos», de una exigencia de reconocimiento de sus propios valores y, por tanto, de la fuerza legitimadora que le es propia, y que se manifiesta en el hecho de no tener que esforzarse para obtener alguna forma de legitimidad” (Smend 1985, 124 y 175 respect.). Weber, en efecto, había reaccionado contra las primeras manifestaciones del Estado social en términos como éstos: “Con la aparición de los modernos problemas de clase surgen diversas exigencias materiales dirigidas al derecho de parte de un sector de los particulares (principalmente la clase trabajadora) y de parte de los ideólogos juristas que repudiaban la vigencia exclusiva de tales criterios de pura moralidad mercantil y exigían un derecho social sobre la base de patéticos postulados morales («justicia», «dignidad humana», etc.). Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho”, al introducir conceptos “que no tienen carácter jurídico, convencional o tradicional, sino puramente ético, y pretenden representar una justicia material en vez de una legalidad formal” (Weber 1964, 653).

²¹⁶ Smend 1985, 101; cf. 232.

²¹⁷ Smend, R., citado por Brage 2005b, XXV. “Detrás del poder hay siempre otros valores y elementos de los que depende..., que son justamente los que fundamentaban y siguen fundamentando la comunidad en la que va a ejercerse el poder. Un Estado preponderantemente autoritario supone por tanto la existencia predominante de valores políticos y estructuras organizativas de tipo jerárquico, en cuyo nombre, y a través de las cuales, pueda ejercerse el poder de la forma legítima (...) el principio mayoritario... sólo es posible en el interior de un grupo que, por una parte, se mantiene cohesionado gracias a la existencia de un núcleo de valores comunes y, sobre todo, de un conjunto de reglas que organizan la lucha (...) La eficacia integradora se halla condicionada por la existencia de una comunidad de valores que no es cuestionada por la lucha política porque se mantiene a salvo de ella, comunidad de valores que dota de pautas normativas a la lucha y le da sentido como función integradora de la vida del grupo” (Smend 1985, 80-87).

son consideramos por Smend como “los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución”²¹⁸.

B. La reacción iuspositivista

En efecto, tal y como la anterior alusión a la Escuela de Viena permite entrever, el enfoque axiológico de la Constitución y del Estado llevado a cabo por Smend rompió abiertamente con el iuspositivismo dominante en la época. La historia de la filosofía del Estado muestra, según él, que “con mucha frecuencia los resultados concretos que han perdurado a lo largo del tiempo son inversamente proporcionales al esfuerzo teórico y metodológico empleado (...) la línea seguida por Jellinek y Kelsen... ha llegado también a vaciar de contenido los resultados obtenidos, hasta alcanzar conscientemente, con la *Teoría general del Estado* de Kelsen (1925), el punto cero”²¹⁹.

Es conocido que tales críticas originaron un vivo debate en la doctrina constitucionalista de Weimar, suscitando muy acérrimas respuestas de parte del positivismo jurídico, entre ellas las de autores de orientaciones tan divergentes como Kelsen o Schmitt. La obra de Kelsen *El Estado como integración. Una controversia de principio*²²⁰ vio la luz en 1930, es decir, tan sólo dos años después de que Smend publicara *Constitución y derecho constitucional*. En ella atacaba de frente la teoría de la integración propuesta por este último, según la cual

si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un

²¹⁸ Smend 1985, 232. “Supondría una actitud «agnóstica» y «escéptica» con respecto al Estado, el mal interpretar la esencia y la intención que se incluye en esta parte de la Constitución” (Smend 1985, 235).

²¹⁹ Smend 1985, 47. El formalismo puro de Kelsen “ha destruido también todo lo que se había alcanzado hasta ahora. En realidad, ha eliminado aquello que de positivo y negativo había conseguido la teoría general del Estado, sin permitir siquiera la posibilidad de su sustitución. Es más, no los va a producir nunca porque para ello tendría que negarse a sí misma” (Smend 1985, 47; cf. 91, 101 y 131).

²²⁰ Cf. Kelsen 1997.

*plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración.*²²¹.

Smend había distinguido tres tipos diferentes y complementarios de procesos de integración estatal –el personal, el funcional y el material²²²–, cuyo ordenamiento jurídico era precisamente la Constitución. La reacción de Kelsen consistió básicamente en censurar la proximidad ideológica de tales procesos respecto del fascismo²²³.

Schmitt, por su parte, publicó en 1960 *La tiranía de los valores*²²⁴, donde, aunque sin citar a Smend, constataba críticamente la influencia de su teoría axiológica sobre la jurisprudencia de la República Federal de Alemania en los siguientes términos: “Desde hace años penetra la filosofía de valores incluso en la jurisprudencia de los tribunales supremos y transforma la estructura tradicional de los conceptos de Constitución, legislación y jurisdicción [...] Con la invasión de «valores» se provocó, en toda su agudeza, el problema de la disolución de conceptos y métodos jurídicos”²²⁵. Schmitt estaba convencido de que la lógica del pensamiento en valores comportaba una potencial agresión contra quienes no los compartieran o no consideraran como una evidencia

²²¹ Smend 1985, 62-63; cf. 71-106. La idea de integración había sido propuesta por él ya en 1923 en su trabajo sobre *El poder político en el Estado constitucional y el problema de la forma de Estado* (cf. Brage 2008, 4-5).

²²² Son, respectivamente, los que operan a través de los líderes políticos, los que consisten en formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo y los que se derivan de los valores socialmente compartidos y vienen representados por símbolos tales como las banderas, los escudos, las ceremonias políticas o las fiestas nacionales (cf. Smend 1985, 71-106).

²²³ Cf. Sánchez 2000, 120. “Tras la subida de Hitler al poder, hubo intentos de aplicar la teoría de la integración de Smend para justificar y legitimar al nazismo, pero Smend no participó ni directa ni indirecta, ni activa ni pasivamente, en estos trabajos, que no llegaron a buen puerto en cualquier caso. Tras la Guerra, se acusó a Smend de haber cooperado al nazismo con su teoría, pero ello fue desestimado enteramente, lo que permitió incluso que Smend fuera el primer Rector de la Universidad de Gotinga tras la Segunda Guerra Mundial. Su teoría jurídico-constitucional, tomada como conjunto, no sólo no parece congruente con el nazismo, sino que resulta ser enteramente incompatible, pues era una doctrina que, para una época convulsa y de divisiones, proponía una unidad integradora espiritual donde el centro ya no era el Estado, sino la Constitución; y donde los derechos fundamentales y la imagen del hombre tenían que desempeñar un papel singularmente importante, tenían que ser un «muro de protección» frente a sus limitaciones, en particular las que pudieran llegar del fascismo o el comunismo” (Brage 2008, 12).

²²⁴ Editado en español en la *Revista de Estudios Políticos*. 115 (1961), pp. 65-82.

²²⁵ Citado por Brage 2008, 18.

y, en ese sentido, incluso se atrevió a asociarla con el hitleriano “valor del hombre alemán”²²⁶. En el capítulo IV habremos de regresar más detenidamente sobre esta cuestión del supuesto absolutismo de los valores.

C. El legado de Smend

Smend no falleció hasta 1975, pero no volvió a participar en la controversia sobre su doctrina²²⁷. Con todo, resulta perfectamente justificado que Alexy, entre otros, destaque la influencia ejercida por su teoría sobre la jurisprudencia constitucional alemana bajo la *Ley fundamental* de 1949, en la que, tal y como Schmitt señalara con temor, el lenguaje axiológico penetró con amplitud desde muy tempranamente, encontrando un punto álgido ya en 1958 con ocasión del fallo Lüth. Según éste, “la Ley Fundamental, que no quiere ser un ordenamiento valorativamente neutro..., ha establecido en su sección de derechos fundamentales también un ordenamiento valorativo objetivo”²²⁸.

²²⁶ En efecto, con el propósito de alertar sobre los peligros del enfoque axiológico, Schmitt refería lo dicho por Hitler: “La Historia universal está hecha por hombres. Antes la hicieron los hombres y hoy la hacen los hombres. Lo decisivo es el *valor* de estos hombres y, en cierto modo también, el número. El *valor* del hombre alemán es incomparable. Nunca me dejaré persuadir de que algún otro pueblo pueda tener tanto *valor*. Estoy convencido de que nuestro pueblo, sobre todo hoy, en su continuo mejoramiento, representa el *valor supremo* que existe actualmente en este mundo” (Citado por Brage 2008, 18-19).

²²⁷ “Smend no dio respuesta a sus contradictores, evitó toda polémica y no volvió a escribir sobre el tema de la «integración» hasta varias décadas después, y la quiebra de este prolongado y «extraño silencio» no fue aprovechada ni siquiera para destacar legítimamente cómo sus tesis habían sido asumidas por la jurisprudencia constitucional y la doctrina dominante, sino que se trató de un conciso trabajo en una modesta publicación, escrito con gran *esprit de moderation* y sin entrar a polemizar con sus contradictores” (Brage 2008, 2).

²²⁸ Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *BVerfGE*, 7, 198 (205), citado por Alexy 1993, 148. El concepto de objetividad del orden los valores no aboca necesariamente, según Alexy, a la teoría de los valores de Max Scheler, donde son entendidos como hechos éticos independientes cuyo conocimiento tiene lugar a través de la intuición, sino que “la interpretación de las tesis axiológicas del Tribunal Constitucional puede llevarse a cabo a través de una teoría de los valores más débil” y “exenta de suposiciones ontológicas y epistemológicas” (Alexy 1993, 151). Por el contrario, Habermas entiende que tal Tribunal ha recurrido a una ética material de los valores “del tipo de la de Scheler”, lo que, según él, implica un “enmascaramiento teleológico de los derechos” que sitúa al juez constitucional “en competencia con el poder legislativo” y le transforma en “una instancia autoritaria” (Habermas 1998, 327-332).

También el Tribunal Constitucional de España procede a una tal interpretación al establecer que “la Constitución es... una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia pacífica...”²²⁹. Otro tanto ocurre en el caso de la Corte Constitucional de Colombia, según la cual “la Constitución establece un marco de valores y principios materiales, que se estructuran como fundamento de un verdadero sistema axiológico”²³⁰. Sucede incluso, según Zagrebelsky, que se da “la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones nacionales, a concebir todo el contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores”²³¹.

El propio Alexy entiende, por lo demás, que una teoría de los principios constitucionales, entre los que se cuentan aquellos que norman derechos fundamentales, puede ser formulada como una teoría axiológica, es decir, relativa a valores²³², pues

el comportamiento de colisión de los principios pone claramente de manifiesto que entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural. (...) Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico, En cambio, si se dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un

²²⁹ Tribunal Constitucional de España 1981a. “Sin embargo, tal concepción no puede considerarse patrimonio exclusivo del constitucionalismo europeo. Ella guarda algunas semejanzas, no tanto en sus premisas teóricas como en sus consecuencias prácticas, con doctrinas surgidas en el contexto angloamericano, tales como la *preferred position* de las libertades fundamentales, la *substantive equal protection* y el *substantive due process* elaboradas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo” (Lopera 2008, 50).

²³⁰ Corte Constitucional de Colombia 1994.

²³¹ Zagrebelsky 1997, 125-126.

²³² Cf. Alexy 1993, 543. Puede verse la discusión a ese respecto planteada por Habermas en *Facticidad y validez* (cf. Habermas 1998, 326-334), cuya tesis viene a ser que “quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles” (Habermas 1998, 329).

«status» axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico.²³³

Más aún, dado que “en el sistema jurídico se contienen postulados morales fundamentales que adoptan la forma de derechos fundamentales”²³⁴, tal teoría axiológica le parece no sólo posible, sino completamente necesaria: “...es indispensable una teoría de los principios y con ello, una correspondiente teoría axiológica de los derechos fundamentales”²³⁵.

D. Una aproximación al derecho compartida

Es importante destacar que la aproximación cultural y axiológica al derecho al modo de la identificada en la teoría de Smend y que nosotros nos proponemos adoptar no resulta, ni mucho menos, exclusiva de él.

Ya sabemos que el primer impulso para la concepción de la ciencia jurídica como ciencia de la cultura procedió de Radbruch. En esa misma línea de trabajo se inscribió la concepción de la Constitución como conjunto de elementos normados y normales –normatividad estatal y normalidad social– propuesta por Heller en su teoría del Estado. Kägi, por su parte, entendió la pérdida de normatividad jurídica y la correspondiente exaltación del decisionismo político características de mediados del siglo XX como consecuencias de “la decadencia de lo normativo en la existencia humana en comunidad” y abogó, consecuentemente, por una recuperación del “*ethos* del Derecho”²³⁶.

El enfoque cultural y axiológico del derecho se encuentra, además, ampliamente presente entre los doctrinarios contemporáneos. Zagrebelsky, por ejemplo, opina que la visión de la política implícita en una Constitución dúctil es la de la coexistencia entre sectores sociales mutuamente comprometidos con la integración a través de valores y procedimientos, ideal que “corresponde a

²³³ Alexy 1997, 164. Cf. Alexy 1993, 143-147.

²³⁴ Alexy 2001, 10.

²³⁵ Alexy 1993, 544.

²³⁶ Kägi 2005, 56 y 77 respect. “Los valores, antes absolutos, son vencidos por el relativismo, escepticismo, e incluso, finalmente, por el agnosticismo y el nihilismo”. La obra de Nietzsche, “como casi ninguna otra, enfoca la situación espiritual de nuestro tiempo” (Kägi 2005, 57).

una visión de la vida y a un *ethos*” o “condición espiritual”²³⁷. Ferrajoli, por su parte, afirma que el derecho “es un universo simbólico, es decir, un mundo de signos y significados cuya efectividad y funcionamiento dependen de la formación de un «sentido común» en torno a él”²³⁸. El propio Habermas, sin por ello renunciar a criticar abiertamente las tesis axiológicas sobre los derechos fundamentales adoptadas por el Tribunal Constitucional de su país, afirma que

*los derechos fundamentales, incluso en su letra y estilo, danse a conocer como enfáticas manifestaciones de voluntad y declaraciones políticas que reaccionan contra experiencias concretas de represión y vulneración de la dignidad humana (...) Aquello a que los actores realmente responden y realmente han respondido con sus decisiones y sus razones, sólo se podrá entender si se conoce la imagen que estos actores implícitamente se hacen de su sociedad, si se sabe qué estructuras, qué operaciones, qué resultados, qué rendimientos, qué potenciales, qué peligros y qué riesgos atribuyen a su sociedad a la luz de la tarea que esos actores se proponen, a saber, la tarea de realizar los derechos y de aplicar el derecho.*²³⁹

La aproximación cultural y axiológica al derecho es, como se ve, relativamente común. Con todo, reviste una particular pertinencia para nuestro tema la teoría constitucional de Häberle, que a continuación presentamos en aquellos aspectos que resultan más adecuados a nuestros fines.

2.2.2. La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura

En el marco de esta teoría se entiende por cultura un conjunto de modelos de conducta tanto explícitos como implícitos –así como sus correspondientes objetivaciones–, que son asimilados y

²³⁷ Zagrebelsky 1997, 15-16. Valgan estos otros textos a efectos de ilustración de lo dicho. “Todo sistema jurídico es de algún modo una cristalización de un conjunto específico de valores, porque la ética es parte de la materialidad de toda fundación jurídica” (Hardt y Negri 2002, 27). “Si todo derecho es un sector de la cultura, el constitucionalismo lo es principalmente porque intenta realizar, en la sociedad, los valores mentados por nuestra norma constitucional de apertura” (Verdú, Lucas. *La Constitución abierta y sus enemigos*, citado por Barranco 2000, 209, nota 63). “El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte. Tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos (...) El conjunto de los principios constitucionales... debería constituir una suerte de «sentido común» (Chaïm Perelman) (...) Un sistema de derecho que pretendiese justificarse por sí mismo «se movería en el vacío» (Jürgen Habermas)” (Zagrebelsky 1997, 125).

²³⁸ Ferrajoli 2001b, 366.

²³⁹ Habermas 1998, 470. “El derecho no es un sistema cerrado narcisísticamente sobre sí mismo, sino que se nutre de la «eticidad democrática» de los ciudadanos y de la facilitación que le ofrece una cultura política liberal” (Habermas 1998, 660).

transmitidos por tradición mediante el uso de una cierta simbología y cuyo núcleo esencial viene dado por un cúmulo de ideas y sus respectivos valores concomitantes ²⁴⁰.

Pues bien, a decir de Häberle, “tanto la Constitución en conjunto como sus elementos son parte de la cultura” ²⁴¹, “es cultura específicamente «coagulada» mediante procesos jurídicos, con los que jamás podrá identificarse” ²⁴².

Resulta meridianamente claro que semejante enfoque epistemológico se encuentra en clara relación de continuidad con la aproximación al derecho constitucional como positivación del mundo del espíritu (Smend), la cual, a su vez, no parece sino una versión jurídica de la concepción de las instituciones sociales como cristalizaciones de significaciones imaginarias (Castoriadis) o, lo que es igual, como *ethos* objetivo (Ossipow).

Importa mucho resaltar que un tal método de estudio de la Constitución no conduce en modo alguno ni a disolver el carácter rigurosamente jurídico de la misma ni a relativizar sus propios y exclusivos ámbitos de relevancia y competencia. Resulta, en cambio, heurísticamente fecundo en la medida en que, a diferencia de lo sucedido en el iuspositivismo, permite comprender la norma constitucional como producto humano y, por lo mismo, histórico. Encontrándose a caballo entre pasado y futuro, tradición e innovación, experiencia y esperanza, la Constitución pluralista que caracteriza el actual Estado constitucional posee, según Häberle, un carácter acentuadamente dinámico.

La Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.

²⁴⁰ Cf. Häberle 2000, 25, 74-76. La “cultura constitucional” es “la suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escalas de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal del ciudadano como al de sus asociaciones, al igual que a nivel de órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución, entendida ésta como proceso público” (Häberle 2000, 36-37).

²⁴¹ Häberle 2007, 173.

²⁴² Häberle 2000, 106.

*Las Constituciones de «letra viva», entendiendo por letra viva aquellas cuyo resultado es obra de todos los intérpretes de la sociedad abierta, son en su fondo y en su forma expresión e instrumento mediador de cultura, marco reproductivo y de recepciones culturales, y depósito de futuras «configuraciones» culturales, experiencias y vivencias, y saberes.*²⁴³

Ahora bien, no sólo no cabe pensar que la teoría de la Constitución como ciencia de la cultura disipa o mitiga en cualquier modo el carácter estrictamente jurídico de las normas que la componen, sino que, muy al contrario, lo refuerza en sus efectos, pues, tal y como expresa taxativamente Jorge Prats, “no se pueden entender las consecuencias de tener una Constitución normativa, si no se comprende que hay una «cultura de la Constitución»”²⁴⁴.

Los valores morales, como queda dicho, se encuentran entre los más importantes contenidos del sistema cultural y, por ende, ocupan un lugar destacado en el diseño de tal tipo de Estado.

Precisamente la «Constitución de cuño pluralista» o la «Constitución pluralista» a secas, que no es otra cosa que la Constitución de la sociedad abierta, necesita estar bien estructurada desde sus cimientos o, si se quiere, necesita ostentar «valores» que reflejen «cristalizaciones y objetivaciones culturales» (...) Todo pueblo con cultura propia requiere signos y señas de identidad y puntos de referencia seguros –léase valores– que necesita cada uno de los

²⁴³ Häberle 2000, 34-35. Acerca del espejo del legado cultural que es la Constitución escribe: “Es especialmente profundo su modo cultural de vigencia, algo que fue expresado de manera hermosa por H. Heller al reactivar la imagen de Goethe, cuando afirmó que la Constitución es una «forma que se desarrolla vitalmente»” (Häberle 2007, 173). Y respecto de la dimensión de esperanza: “El tema del Estado constitucional toca al mismo tiempo a la *ratio* y la *emotio*, e implica al principio esperanza. Tanto la teoría de la Constitución como el tipo del Estado constitucional deben conceder al ser humano espacio para un «*quantum* de utopía»... en la medida en que los textos constitucionales normen esperanzas (por ejemplo, antiguamente la unidad de Alemania o ahora la de Irlanda), que constituyan por lo menos «deseos de utopía» concretos. El «principio esperanza» (E. Bloch), el «principio responsabilidad» (H. Jonas), como por ejemplo, en la protección del ambiente, estimulan una fructífera evolución constitucional, porque el ser humano necesita la esperanza como el aire que respira y porque la comunidad vive en libertad responsable. En la medida en que los textos constitucionales se encuentren fundamentalmente apartados de las utopías en su dimensión jurídica, y por su naturaleza propia así deban mantenerse, pueden, no obstante, ser «utopía» en alguna de sus partes. El principio del Estado social era un pedazo de utopía en la época de H. Heller (1930) y también lo fue inicialmente en 1949 la Ley Fundamental de Bonn” (Häberle 2003, 7).

²⁴⁴ Jorge 2005, II, 756. “El Estado de Derecho es un Estado de Cultura... El Estado Constitucional, con sus rasgos tipificadores más importantes, catálogo de derechos fundamentales, valores fundamentales (dignidad humana, justicia, pluralismo), división de poderes, justicia constitucional, y los principios del Estado Social y del Estado cultural, constituyen una «conquista cultural de la civilización occidental» (Lucas Verdú)” (Jorge 2005, II, 756).

*individuos que lo componen. Sin ello la libertad y el pluralismo no son sino conceptos literalmente huecos, vacíos y sin sentido.*²⁴⁵

Entre los elementos definitorios del modelo o arquetipo del Estado constitucional democrático y social citados por Häberle –la soberanía popular, la Constitución como pacto, la división de poderes, los principios del Estado de derecho y del Estado social, la pluralidad de partidos, las garantías de los derechos fundamentales, la independencia de la judicatura, etcétera– se encuentra, a modo de premisa y citada siempre en primer lugar, “la dignidad humana... que deriva de la cultura de todo un pueblo”²⁴⁶: “el Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural...”²⁴⁷. No cabe duda, por lo demás, de que se trata del sentido kantiano de la dignidad, pues la tesis de Häberle reza también como sigue: “El Estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos *sujetos* de su actuación”²⁴⁸.

A esta altura resulta claro que la hipótesis que guía este trabajo guarda una muy estrecha relación con la tesis de Häberle que acabamos de presentar²⁴⁹. Sin embargo, en la medida en que

²⁴⁵ Häberle 2000, 78-79.

²⁴⁶ Häberle 2000, 33. Cf. Häberle 2003, 1-3.

²⁴⁷ Häberle 2003, 3. “El concepto «dignidad humana» es la suma de los valores fundamentales, tomados como «premisa de la antropología cultural» del Estado constitucional y de la democracia liberal” (Häberle, 2006b, 115). Alexy hace notar que, puesto que la idea de dignidad humana exige que la voluntad del ser humano sea tomada en serio, forma igualmente la base de instituciones jurídicas particulares tales como la autonomía privada en derecho civil y la culpa en derecho penal (cf. Alexy 2003a, 197).

²⁴⁸ Alexy 2003a, 171.

²⁴⁹ Se encuentra igualmente presente en otros autores. Rolla, por ejemplo, suscribe que “el principio constitucional del respeto de la persona humana constituye «la premisa antropológica» del Estado democrático y social de derecho” (Rolla 2002, 472). También Peces-Barba considera que la dignidad humana es la “raíz última” del conjunto de valores que dan forma al Estado constitucional (Peces-Barba, Gregorio. *Los valores superiores*, citado por Bustamante 2001, 63). Bachof, por su parte, entiende que el Estado diseñado por la Ley Fundamental de Bonn se fundamenta “en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en esos valores” (Bachof, Otto. *Jueces y constitución*, citado por Fernández Ssegado 2003, 14-15). El planteamiento de Häberle tampoco es ajeno a la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional de Colombia afirma –en términos que no pueden dejar de recordarnos el concepto weberiano de “afinidad electiva”– que existe “una suerte de relación conceptual necesaria entre dignidad humana y Estado social de derecho”, hasta el punto de que aquélla resulta ser la “concepción antropológica de la Constitución y del Estado” (Corte Constitucional de Colombia 2002, n^{os} 20 y 28 respect.; cf. n^o 16).

el profesor alemán apenas ha ido más allá –hasta donde hemos alcanzado a saber– de su estricta enunciación, nuestra investigación puede ser entendida como una exploración de la misma.

2.3. La dignidad humana y el neoconstitucionalismo

2.3.1. La dignidad como fundamento del Estado constitucional democrático y social.

En la introducción hemos tenido ocasión de comprobar la importancia de primer orden adquirida por la dignidad humana en el derecho constitucional que comenzó a extenderse a partir del final de la segunda guerra mundial (1939-1945), es decir, en los ordenamientos jurídicos correspondientes al paradigma del Estado constitucional democrático y social. Tal movimiento suele llamarse neoconstitucional en razón de que implica tanto continuidades como rupturas por relación al constitucionalismo decimonónico, de molde social burgués e ideología económica liberal, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos en el anterior capítulo.

Nos proponemos sostener, más aún, que el papel desempeñado por la moderna concepción de la dignidad en el modelo del Estado constitucional democrático y social es realmente fundacional, hasta el punto de poder éste ser concebido como objetivación jurídica de aquélla, independientemente de que los textos constitucionales atribuyan a la dignidad humana un tal papel de forma explícita ²⁵⁰ o, por el contrario, se limiten a establecer su salvaguardia como fin del Estado o a normar el deber de protegerla. Trataremos de mostrar, más precisamente, la consistencia de una interpretación de ese tipo de Estado como objetivación jurídica del segundo de los significados antropológicos de la dignidad ontológicamente concebida, según el cual cada persona constituye un valor absoluto e intrínseco, lo que implica que debe ser tratada siempre como un fin en sí mismo y respetada en su autonomía en las dimensiones tanto privada como pública de su vida.

Precisamente de ahí, es decir, de su propia urdimbre cultural, habrán de desprenderse para el Estado constitucional democrático y social un cierto número de orientaciones normativo-morales, pues su condición de *ethos* objetivo implica que es constitutivamente portador de una

²⁵⁰ Lo hacen, en efecto, en determinados casos, algunos de los cuales ya ha sido citados en nuestra introducción: *Constitución de la República Portuguesa*, art. 1; *Constitución española*, art. 10.1; *Constitución política de Colombia*, art. 1; *Constitución política del Perú*, art. 1; *Constitución de la República de Sudáfrica*, art. 1.a.

determinada pretensión de legitimidad, a saber, la surgida del respeto de la antroponomía de la dignidad. Ésta, por consiguiente, viene a erigirse, tal y como entiende todo un sector de la doctrina ²⁵¹, en criterio de validez último tanto de la organización de aquellos Estados que pretenden configurarse según tal modelo como de la actividad de sus respectivas autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales. En el Estado constitucional democrático y social, la dignidad aparece, según confirma la Corte Constitucional de Colombia, como “principio de principios” ²⁵².

Reviste una trascendental importancia percatarse de que concebir ese modelo de Estado como *ethos* político-jurídico de la dignidad equivale exactamente a afirmar que se autoatribuye un estatuto meramente instrumental y que renuncia, por ende, a toda pretensión totalitaria. Puesto que “no hay dignidad del Estado, [sino que] sólo existe dignidad del hombre” ²⁵³, ésta postula el Estado “como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado” ²⁵⁴.

²⁵¹ La dignidad humana no es en sí misma política, pero de ella se derivan importantísimas consecuencias políticas, puesto que cualquiera que la acepte “debe también aceptar que un gobierno compromete su legitimidad cuando no otorga una consideración igual hacia todas aquellas personas sobre las que extiende su soberanía, o no protege los derechos que los individuos necesitan poseer para ejercer la responsabilidad personal sobre sus propias vidas” (Dworkin 2008, 200). Según Kriele, la base de legitimación del Estado constitucional se apoya en una ética política o racionalidad material cuyo fundamento “ha de buscarse en primer lugar en la dignidad humana” (Kriele 1980, 32). Cf. Nogueira 2003, 73.

²⁵² Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 28.

²⁵³ Häberle, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, citado por Gutiérrez 2005, 87. La dignidad es “premisa antropológico-cultural del Estado Constitucional. La Constitución dominicana es una Constitución de los seres humanos, por los seres humanos y para los seres humanos” (Jorge 2005, II, 741).

²⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-221/94*, citado en Corte Constitucional de Colombia 2006b, 8.2. “La organización social sólo se justifica cuando se la considera un medio al servicio del hombre, fin en sí mismo. La sociedad es el medio y el hombre es el fin. Aldous Huxley escribió: «El conjunto social, cuyo valor es considerado superior al de sus partes componentes, no es un organismo en el sentido en que pueden ser considerados un organismo una colmena o un termitero. Es meramente una organización, una pieza de maquinaria social. Sólo puede tener valor en relación con la vida y la conciencia. Una organización no es un ente consciente ni vivo. Su valor es instrumental y derivativo. No es buena en sí misma; es buena únicamente en la medida en que promueve el bien de los individuos que son partes del conjunto colectivo. Atribuir a las organizaciones precedencia sobre las personas, es subordinar los fines a los medios. Lo que sucede cuando los fines son subordinados a los medios, fue claramente demostrado por Hitler y Stalin. Bajo su odioso gobierno personal, los fines fueron subordinados a los medios organizativos, por una mezcla de violencia y propaganda, de terror sistemático y sistemática manipulación de las mentes» (*Nueva visita a un mundo feliz*)” (Corte Constitucional de Colombia 1993, II, 4^a).

Ahora bien, la relevancia de la dignidad humana no se limita a la perspectiva de la validez o legitimidad de la organización y funcionamiento del Estado constitucional democrático y social, sino que, en razón de la concepción jurídica de la Constitución que caracteriza a ese tipo de Estado, la determinación constitucional de una tal antroponomía como fundamento, como deber o como fin igualmente la convierte en parámetro positivo de interpretación del resto del ordenamiento jurídico y de control de la legalidad del mismo, lo cual concierne muy directamente a las autoridades judiciales ²⁵⁵, así como en criterio de ponderación entre dos o más derechos y bienes constitucionalmente protegidos en caso de colisión entre los mismos ²⁵⁶. Encontraremos la ocasión para regresar sobre este particular cuando tratemos acerca de las funciones de la dignidad en el sistema de derechos.

Recordemos, por último, que estamos refiriéndonos en todo momento a la dignidad que hemos denominado ontológica, es decir, aquella que, consistiendo en la autonomía, corresponde idénticamente a todos los seres humanos y que, por lo tanto, tiene como corolario los ideales de libertad y de igualdad. Con razón señala Dworkin que su primer principio de la dignidad “parece una invocación abstracta del ideal de igualdad y el segundo, del ideal de libertad” ²⁵⁷. Kriele, por su parte, afirma que el Estado constitucional se funda “en primer lugar en la dignidad humana que presupone la libertad de poder enfrentar al Estado sin miedo y sin genuflexiones y, en segundo lugar, en conceder esta dignidad humana también a los demás” ²⁵⁸.

Es evidente que para poder llevar a cabo la interpretación global del Estado constitucional democrático y social que estamos proponiéndonos necesitaremos proceder a una caracterización del mismo. A estos fines habrá de resultarnos de gran utilidad trazar previamente en sus grandes líneas tanto la génesis como la evolución histórica del constitucionalismo.

²⁵⁵ La dignidad humana “trasciende el ámbito meramente filosófico para convalidarse en nuestro ordenamiento judicial como una norma jurídica de carácter vinculante para las autoridades” (Corte Constitucional de Colombia 2006a, IV, 1).

²⁵⁶ Cf. Rolla 2002, 481-485.

²⁵⁷ Dworkin 2008, 26. “Estos dos principios sostienen, en primer lugar, que toda vida humana es intrínseca e igualmente valiosa y, en segundo lugar, que toda persona es individual e inalienablemente responsable de identificar y realizar el valor de su propia vida” (Dworkin 2008, 199).

²⁵⁸ Kriele 1980, 32-33. Cf. Nogueira 2003, 150; Häberle 2003, 171-172.

2.3.2. Los avatares históricos de la Constitución

A. La concepción originaria: independentistas y revolucionarios

Es conocido que ya en la Inglaterra de comienzos del siglo XVII el juez Coke plasmó en algunas sentencias un control sobre la validez de determinadas leyes en función de la superioridad del *common law*, considerado como expresión del derecho natural. Aunque eclipsada en el corto plazo por la soberanía parlamentaria británica, su tesis sería posteriormente retomada por los independentistas norteamericanos²⁵⁹.

En efecto, tanto las Constituciones de los diferentes Estados tras la *Declaración de independencia* en 1776 como la propia *Constitución de los Estados Unidos de América* de 1787 muestran que en aquella cultura jurídica estaba muy presente una concepción normativa de la Constitución. En ella se daban cita las ideas de participación de los ciudadanos en el poder político y de limitación del mismo en orden a la protección de los derechos, es decir, el principio democrático y el principio liberal: puesto que el pueblo de los Estados Unidos estatuyó su texto constitucional para, entre otras cosas, asegurar la libertad, en él estableció el método electivo para la designación de las autoridades y limitó la facultad legislativa otorgada al Congreso²⁶⁰, agregando en 1791 la *Declaración de derechos* redactada dos años antes.

Con todo, la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* (1803), dictada por el juez Marshall, marcó un verdadero hito en la historia del constitucionalismo, pues en ella sostuvo la máxima superioridad jurídica de la Constitución respecto de cualesquiera otros actos jurídicos, lo que incluía, por tanto, las leyes formales: “las normas del legislativo contrarias a la Constitución son nulas”. He aquí el pasaje completo:

Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes ordinarias, y, como cualesquiera de ellas, puede modificarse cuando al legislador le plazca. Si la primera alternativa es verdadera, entonces una disposición legislativa contraria a la

²⁵⁹ Cf. García de Enterría 2006, 131-136; Jorge 2005, I, 133-137.

²⁶⁰ Cf. *Constitución de los Estados Unidos de América de 1787*, preámbulo; art. 1 sec. 1-3; art. 2 sec. 1; art. 8; enmienda X.

Constitución no es derecho; si lo es la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos por parte del pueblo de limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable. Ciertamente, aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación, y, en consecuencia, la teoría propia de cualquier Estado de este tipo ha de ser la de que las normas del legislativo contrarias a la Constitución son nulas (...) una ley contraria a la Constitución es nula, y ... los tribunales, como los demás poderes, están vinculados a la misma (...) Así, si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución son de aplicación a un determinado caso, de modo que el tribunal ha de resolver ese caso conforme a la ley, desechando la Constitución, o conforme a la Constitución, desechando la ley, el tribunal tendrá que determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Esto forma parte de la esencia misma de la tarea de juzgar... ²⁶¹.

Ahora bien, Marshall procedió a relacionar estrechamente la supremacía jurídica de la Constitución, así como la consiguiente necesidad de controlar judicialmente la constitucionalidad de los actos jurídicos, con el proyecto de sustitución del *gouvernement of men* por el *gouvernement of law* o, lo que es igual, con la idea de la limitación del poder político como condición de posibilidad de la libertad, lo que venía a poner coto no sólo al órgano legislativo, sino también, en materia de derechos constitucionales, al ejecutivo ²⁶².

La idea de Constitución presente y operante en la revolución francesa apenas difirió de la de los constituyentes norteamericanos. El hecho de que la *Declaración de derechos* de 1789, adoptada en representación del pueblo francés, declarara la soberanía de la nación y la resultante necesidad de que todo ejercicio de autoridad pública emanara expresamente de ella, así como de que estableciera el derecho de participación de los ciudadanos en la elaboración de las leyes y de que considerara, además, la garantía de los derechos y la separación de los poderes como condiciones

²⁶¹ Marshall 2003.

²⁶² “Las funciones del poder legislativo están definidas y limitadas, y para que esos límites no se confundan u olviden la Constitución es escrita. ¿Qué sentido tendría limitar a los poderes, y cuál que se haya hecho por escrito, si luego las limitaciones pueden ser ignoradas en cualquier momento por aquellos a quienes se pretende constreñir? (...) cuando los responsables de los departamentos son agentes políticos o de confianza del Ejecutivo, limitándose a ejecutar la voluntad del Presidente, o, en general, actuando en casos en los que el Ejecutivo dispone constitucional o legalmente de un ámbito de discrecionalidad, nada puede estar más claro que estos actos son sólo políticamente fiscalizables. Pero cuando la ley establece un deber específico y existen derechos individuales que dependen del cumplimiento de ese deber está igualmente claro que el ciudadano que se considere perjudicado tiene el derecho de apelar a las leyes de su país en busca de una reparación (...) El poder judicial de los Estados Unidos alcanza a todos los casos que surjan al amparo de la Constitución” (Marshall 2003).

de posibilidad de la existencia de una Constitución ²⁶³, todo ello muestra que “el sentido revolucionario, genuino, de Constitución... no disocia, al menos teóricamente, liberalismo y democracia” ²⁶⁴.

En realidad, al margen de posibles contradicciones en sus posiciones políticas, “fue el gran mérito del iusnaturalismo contractualista el haber sabido conjugar debidamente la idea democrática y la idea liberal, desde el entendimiento de que, si bien sin libertad no cabe hablar de democracia, sin democracia –como supuesto estructural y político de la libertad– no cabe tampoco hablar de libertad” ²⁶⁵.

Como resultado de la influencia de esa tradición contractualista y del constitucionalismo estadounidense, la concepción normativa de la Constitución llegó a ser ampliamente aceptada en Europa a finales del siglo XVIII, exceptuada Inglaterra ²⁶⁶. Un texto de Aragón Reyes, cuyo sentido primero pretende expresar, ciertamente, que la supralegalidad de la Constitución debe entenderse como la garantía jurídica de la supremacía política popular, nos brinda, sin embargo, la posibilidad de sintetizar la profunda asociación entre democracia y liberalismo que latió en el constitucionalismo revolucionario: “la Constitución no es sólo Constitución por provenir del poder constituyente, sino por cumplir la finalidad a la que necesariamente ha de dirigirse la voluntad del poder constituyente si este poder no quiere dejar de ser constituyente, o lo que es

²⁶³ Cf. *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, preámbulo; arts. 3, 6 y 16.

²⁶⁴ Aragón Reyes 1998, 91.

²⁶⁵ De Vega 2007, 28. Lograron “articular teóricamente en un sistema coherente los supuestos liberales y democráticos... Patrimonio común de todos ellos –con las únicas excepciones de Hobbes y Rousseau– fue la idea de que el pacto social... no podía erosionar en ningún caso la libertad natural de la que el hombre dispone antes de suscribir el contrato. Lo que significa que el contrato social, como expresión más relevante del principio democrático no sólo no era incompatible con las garantías que conformaban el principio liberal..., sino que bien podía esgrimirse como el mejor argumento para una apologética de la libertad” (De Vega 2007, 17-18).

²⁶⁶ La más clara formulación de esa idea de supralegalidad constitucional se debe a Sieyès, quien escribió en *¿Qué es el tercer estado?* respecto de las leyes “fundamentales” (término idéntico al de Constitución en ese pasaje): “Estas leyes son llamadas «fundamentales»... porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación” (citado por Aragón Reyes 1998, 98).

igual, soberano; esa finalidad... no puede ser otra que la de limitar el poder constituido dividiéndolo y proclamando la existencia de unos derechos fundamentales”²⁶⁷.

B. El Estado de derecho formal

Mientras que en Estados Unidos nunca fue abandonada la concepción normativa de la Constitución y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes llegó a ser una pieza central del sistema político-jurídico, en Europa, tras el período revolucionario, el restauracionismo monárquico consagrado en el Congreso de Viena (1815) y la ascensión social de la burguesía lograron hacer retroceder el principio democrático hasta el punto de poner en circulación las Cartas otorgadas o pactadas, frutos del compromiso entre ambos tipos de fuerzas.

El carácter de tales documentos no era de tipo normativo, sino programático e instrumental, es decir, limitado al establecimiento de los objetivos de la acción política y a la definición y articulación de los poderes del Estado. Es verdad que en algunos de ellos se reconocieron determinados derechos, pero, al no establecer mecanismos de garantía jurisdiccional para los mismos, quedaron a merced de la libre interpretación de los legisladores. También lo es que no todos esos textos eran flexibles, es decir, susceptibles de ser reformados mediante procedimientos ordinarios, pero sí por vía parlamentaria.

En definitiva, la Europa del siglo XIX conoció un Estado de derecho puramente formal –es decir, regulado por ordenamientos contruidos mediante normas de producción de normas– y estuvo presidida por el principio de la omnipotencia del Parlamento²⁶⁸, con la consiguiente superioridad jurídica de las leyes de él emanadas o, lo que es igual, aquellas sociedades fueron ajenas al

²⁶⁷ Aragón Reyes 1998, 98-99. “La supralegalidad –en suma– no es más que la garantía jurídica de la supremacía” del poder constituyente sobre el poder constituido o, en otros términos, del principio democrático (cf. Aragón Reyes 1998, 99). El autor discute, además, la equiparación entre supralegalidad y rigidez constitucionales. La rigidez, es decir, la existencia de un procedimiento especial para la reforma de la Constitución, no sería sino una técnica jurídica de protección de su supralegalidad, cuyo verdadero requisito vendría dado por “la existencia de un fuente diferente de producción para la Constitución que para la ley ordinaria o, lo que es igual, la distinción entre poder constituyente y poder constituido” (Aragón Reyes 1998, 103). De ahí que proponga una ampliación del sentido de la rigidez, de tal forma que pueda ser reconocida tanto si está expresamente establecida como si no lo está (cf. Aragón Reyes 1998, 103).

²⁶⁸ Cf. Böckenförde 2000, 31 ss.; Jiménez Asensio 2003, 110-123.

control de la constitucionalidad de las normas adjetivas. Ya sabemos, por lo demás, que un tal Estado fue el instrumento empleado por la burguesía para configurar un orden social favorable a sus intereses y que estuvo atravesado por profundas desigualdades.

En el período de entreguerras (1919-1939) se asistió a una cierta recuperación de la concepción normativa de la Constitución, movimiento en el que Kelsen desempeñó un papel muy destacado. Su modelo de control de la constitucionalidad, en el que el Tribunal Constitucional estaba diseñado para operar como un legislador negativo, fue adoptado por la *Constitución* austriaca de 1920 y se convirtió en modelo para el constitucionalismo europeo de la primera posguerra, aunque sin por ello lograr que la suprallegalidad constitucional dejara de ser marginal en el panorama europeo.

En efecto, tanto las consecuencias de la guerra como la crisis económica de finales de los años veinte crearon un coyuntura muy poco favorable al relanzamiento de la superioridad jurídica de la Constitución, acabando por generalizarse, muy al contrario, el estado de excepción y esa fórmula de concentración del poder político en manos del Ejecutivo que es el recurso al derecho de emergencia ²⁶⁹. La amplia influencia del decisionismo de Schmitt durante la fase final de la República de Weimar no podía sino representar un dificultad añadida: situar la excepción en el punto de partida de su pensamiento y concebirla en el molde del *casus belli* contribuyeron a relegar toda normatividad jurídica y a hacer proceder el derecho de la decisión política ²⁷⁰. De hecho, tanto la expansión de ideologías autoritarias y totalitarias como la emergencia de liderazgos políticos fuertemente demagógicos arruinaron importantes logros democráticos y recuperaron la perversa personalización del poder. Curiosamente, dada la vigente concepción formal del Estado de derecho, tales regímenes estuvieron en condiciones de intentar acreditarse por el mero hecho de disponer de ordenamientos jurídicos, es decir, completamente al margen de toda consideración relativa al origen y a la legitimidad de los mismos.

²⁶⁹ Cf. Kägi 2005, 61-62, 68-69; Grimm 2006, 149-150.

²⁷⁰ “Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción” (Schmitt 1941b, 35). “La distinción propiamente política es la distinción entre el amigo y el enemigo”. “Enemigo es una totalidad de hombres situada frente a otra análoga que lucha por su existencia, por lo menos eventualmente, o sea, según una posibilidad real”. “Al Estado, considerado como unidad esencialmente política, corresponde el *ius belli*, es decir, la responsabilidad real de determinar en caso dado, por virtud de una decisión propia, el enemigo, y combatirlo” (Schmitt 1941b, 11, 116 y 141 respect.).

Todavía en 1945 era posible escribir: “En el conjunto de los Estados Occidentales, la Constitución como ordenamiento jurídico-normativo fundamental del Estado se halla hoy en una crisis radical”²⁷¹. Hubo que esperar hasta ese año para que, acabada la segunda guerra mundial y a la vista de las horrendas crueldades acontecidas durante la misma, la concepción normativa de la Constitución comenzara a renacer, extenderse y afianzarse en el continente europeo.

C. El restablecimiento de la Constitución normativa

El nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas representó un momento de inflexión en la emergencia de un nuevo paradigma de derecho tanto internacional como interno. Su *Carta*, firmada y entrada en vigor en 1945, declaraba la determinación de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”. Igualmente establecía que “los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”²⁷², con lo cual quedaba suprimido el *ius bellum*, elemento hasta entonces central de la soberanía externa de los Estados.

Encontramos, al mismo tiempo, que la intensa crítica del iuspositivismo acontecida durante los últimos años de la República de Weimar no sólo puso en evidencia la incapacidad del Estado de derecho formal para, tras la desaparición del legitimismo monárquico, satisfacer la necesidad de legitimación, sino que, al mismo tiempo, allanó el camino a la tradición iusnaturalista²⁷³. Ésta pudo así aparecer como hecha a la medida para contrarrestar la barbarie que es capaz de engendrar el *government of men*, tanto el explícito como el cobijado en el Estado de derecho

²⁷¹ Kägi 2005, 45.

²⁷² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional 2007, preámbulo y art. 2.4 respect.

²⁷³ “Hay mucha más riqueza intelectual en los iusnaturalistas de la que hasta sus mismos concedores y defensores suponen (...) Los iusnaturalistas sabían más del Estado que Laband y Max Weber, y mucho más que sus defensores, detractores y críticos, e incluso más que lo que cualquier historia al uso del iusnaturalismo pueda haber dicho” (Smend 1985, 121-122. Cf. Böckenförde 2000, 32). Algunos autores hablan, de hecho, del “giro neoiusnaturalista” del derecho a mediados del siglo XX (cf. Lopera 2008, 47). En el capítulo IV tendremos ocasión de preguntarnos si el neoconstitucionalismo representa un iusnaturalismo de nuevo cuño.

formal que había permitido a la burguesía gobernar unilateralmente durante el siglo XIX. Únicamente era necesario sustituir la palabra “naturales” por “humanos” para despojar al concepto de derechos de las connotaciones religiosas y metafísicas que había tenido en la tradición del derecho natural y, de ese modo, posibilitar su aceptación por los más diversos regímenes políticos y corrientes cosmovisionales de la época.

El movimiento de los derechos humanos, cuyo documento fundador fue la *Declaración Universal* proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, representó un gran esfuerzo de reconocimiento y protección de principios ético-políticos básicos mediante un régimen jurídico internacional²⁷⁴. Ya en el preámbulo de la *Carta* se había afirmado “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, pero fue en la *Declaración* donde se establecieron las bases tanto para el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* como para el de *derechos económicos, sociales y culturales* de 1966, adoptados éstos, a diferencia de la *Declaración*, con vocación jurídicamente vinculante y efectivamente entrados en vigor diez años después.

Tal movimiento en favor de los derechos se encontraba, como no podía ser de otro modo, profundamente entrelazado con la democratización de los regímenes políticos, pues, tal y como se proclamó en la *Declaración universal de derechos humanos* de 1948, “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos (...) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse

²⁷⁴ La expresión “derechos humanos” había aparecido por primera vez en el derecho internacional en el artículo 68 de la *Carta de las Naciones Unidas*, que faculta al Consejo Económico y Social para establecer “comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos”. Fue esta cláusula la que dio lugar a la creación de la Comisión de Derechos Humanos (cf. Spector 2001, 7-8). La noción de “crimen contra la humanidad” fue introducida en los procesos de Nuremberg (1945-1949) y de Tokio (1946-1948) (cf. Sandkühler 2008, 15).

periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”²⁷⁵.

Digamos, en síntesis, que tanto con la supresión del *ius bellum* hasta entonces imperante como mediante la subordinación de los Estados a aquellos catálogos de derechos se “puso fin a su condición de sujetos no subordinados al derecho e identificados con su propio derecho”²⁷⁶.

El cambio de paradigma jurídico operó igualmente, como hemos dicho, en el plano interno. Ya la *Constitución* irlandesa de 1937 se había propuesto garantizar la dignidad y la libertad individuales, pero fue sobre todo con la de la República Italiana de 1948 y con la *Ley fundamental* de la República Federal Alemana de 1949 cuando comenzó a cundir y penetrar en los ordenamientos jurídicos de esos y otros países en vías de democratización la idea según la cual la persona humana posee dignidad y derechos propios²⁷⁷.

De este modo vino a recuperarse el genuino significado de la Constitución como norma que, anudando estrechamente la democracia y el liberalismo, establece vínculos y limitaciones para los poderes públicos; una concepción que, aunque ulteriormente disuelta en el Estado burgués y en los regímenes autoritarios, ya había sido asumida en Europa por los revolucionarios franceses al declarar que “toda soberanía reside esencialmente en la Nación”, por lo que nadie puede “ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”, y al dejar sentado que “toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”²⁷⁸.

²⁷⁵ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 1948b, art. 21. Cf. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 1966a, art. 25.

²⁷⁶ Ferrajoli 2004b, 97.

²⁷⁷ “...el desarrollo de las experiencias constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, como la italiana iniciada con la Constitución de 1948, la francesa inaugurada con la Constitución de 1946 o la alemana que tuvo su comienzo con la Ley Fundamental, la *Grundgesetz* de 1949..., unidas a la siguiente francesa de 1958 de la Quinta República y a la española posfranquista de 1978... representan la fase ulterior y más elaborada de la experiencia constitucional democrática europea del siglo XX” (Fioravanti 2001, 160). Cf. Ferrajoli 2004a, 67.

²⁷⁸ *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, arts. 3 y 16.

Vista la incapacidad radical del Estado de derecho formal –y su imperio de la ley o principio de legalidad– para generar un orden de justicia y evitar marcados antagonismos sociales, en Europa se procedió, dicho en otros términos, a adoptar un Estado de derecho materialmente definido²⁷⁹, es decir, a introducir una dimensión sustancial en el derecho y a vincular el ejercicio de todos los poderes públicos a los principios en él establecidos. “Se consideraba indispensable –explica Zagrebelsky– un anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y voluntades políticas que se fuesen afirmando en el transcurso del tiempo. Para ello el derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida «natural» y no controvertido”²⁸⁰. Dada la inviabilidad práctica de un retorno a los postulados del iusnaturalismo, fuese éste de corte teológico o racional, la solución consistió en la constitucionalización de los derechos humanos, históricamente vinculados a esa tradición, con lo que vino a lograrse un modelo jurídico de justicia²⁸¹. De este modo, como afirma Ferrajoli,

*las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.*²⁸²

En efecto, el proyecto de materialización del Estado de derecho no era viable sin la “omnipresencia de la Constitución”²⁸³, es decir, sin la rehabilitación de la misma como la norma jurídica de mayor rango jerárquico. La lógica de esa redescubierta concepción normativa de la Constitución condujo, de hecho, al restablecimiento de mecanismos judiciales de control de la constitucionalidad, que, por más que, en contraste con el sistema difuso imperante en Estados Unidos, tuvieran un carácter básicamente concentrado, de ningún modo podían negar su deuda

²⁷⁹ Cf. Böckenförde 2000, 40.

²⁸⁰ Zagrebelsky 1997, 68.

²⁸¹ Cf. Lopera 2008, 48.

²⁸² Ferrajoli 2004a, 66-67. Puesto que el modelo garantista de Ferrajoli, es decir, su interpretación del Estado constitucional de derecho, es de tipo positivista, el Estado de derecho formal aparece para él como el paradigma paleopositivista (cf. Ferrajoli 2004a, 19-20).

²⁸³ Alexy 1997, 160.

para con la doctrina y la práctica de la suprallegalidad constitucional históricamente ininterrumpidas en ese país americano ²⁸⁴.

Comprobemos, finalmente, que la incidencia de la materialización de la Constitución sobre el Estado de derecho no es igualmente apreciada por todos los constitucionalistas. En el extremo – digamos– optimista, Ferrajoli defiende que el constitucionalismo actual ha permitido “completar” el Estado de derecho formal y su modelo positivista, pues, gracias a la “doble artificialidad” del nuevo paradigma jurídico, “no sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivizadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley” ²⁸⁵. El neconstitucionalismo sería, pues, “fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleopositivista”, un “perfeccionamiento” del mismo debido a la sustitución de su “principio de legalidad formal o, si se quiere, de mera legalidad” por el de la “doble sujeción del derecho al derecho” ²⁸⁶.

En cambio, otros autores, sin por ello despreciar en modo alguno los avances que el Estado constitucional democrático y social representa, expresan algunas inquietudes acerca de él o, al menos, respecto de determinadas corrientes de comprensión del mismo.

Böckenförde, por ejemplo, piensa que la interpretación de los contenidos materiales de la Constitución al modo de la jurisprudencia constitucional de su país, es decir, como orden objetivo de valores válido en todos los ámbitos del derecho y con pretensión de normar el conjunto de las relaciones sociales, “pasa por alto o infravalora el significado del Estado de derecho, y de un modo particular el significado material que tienen las garantías jurídico-formales y los

²⁸⁴ Cf. García de Enterría 2006, 142.

²⁸⁵ Ferrajoli 2004a, 67. Por “doble artificialidad” entiende “la del *ser* del derecho, es decir, de su «existencia» –ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, «puesto» por el legislador– y también la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de «validez», asimismo positivadas con rango constitucional, como *derecho sobre el derecho*, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica” (Ferrajoli 2004a, 67).

²⁸⁶ Ferrajoli 2004a, 65, 171, 80 y 22 respect. “El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista– no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia..., la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad sustancial» weberianas” (Ferrajoli 2004a, 22).

procedimientos regulados”, que no sería otro que la protección de la libertad frente a eventuales exigencias de individuos y grupos sociales en nombre de contenidos axiológicos absolutizados. Dotar a los valores de una vinculatividad jurídica que desborda la garantía de la libertad igual para todos conduciría, según él, a “una socialización de la libertad y de la autonomía individuales”, que quedarían sometidas al arbitrio de quienes ejercen el monopolio de la interpretación de unos valores ajenos a las posibilidades de una fundamentación racional intersubjetiva. Teme, en definitiva, que la materialización del Estado de derecho conduzca a un “totalitarismo constitucional” que arruine “el primado del derecho (legal) frente a la política” y, con él, la razón de ser del Estado de derecho, que no es otra que la garantía de la libertad personal mediante la limitación del poder del Estado ²⁸⁷.

2.3.3. Caracterización del Estado constitucional democrático y social

A. El principio democrático y el principio liberal

El bosquejo histórico que acabamos de perfilar justifica admitir que la configuración del modelo de Estado constitucional democrático y social se encuentra determinada por la convergencia del principio democrático y del principio liberal, orientado aquél hacia la participación de los ciudadanos en el poder político y éste hacia la limitación del mismo en orden a la protección de los derechos ²⁸⁸.

De hecho, elementos como el la legalidad o institucionalidad definitoria del Estado de derecho; la constitucionalización como fundamentales de los derechos civiles, políticos y sociales junto con sus correspondientes garantías; el método electoral como mecanismo de designación de las autoridades y de delegación del ejercicio del poder; el pluralismo de los partidos políticos; la división y separación de los poderes del Estado; la concepción normativa de la Constitución y la

²⁸⁷ Böckenförde 2000, 42-43. Puesto que el monopolio de la interpretación de los valores constitucionalizados corresponde a la judicatura, entiendo alarmado que nos encontramos en una “progresión continua hacia el Estado jurisdiccional de justicia constitucional” (citado por Prieto Sanchís, 2003, 128).

²⁸⁸ “Democracia y derechos humanos constituyen el núcleo universalista del Estado constitucional que, en variantes distintas, nació de la Revolución Americana y de la Revolución Francesa” (Habermas 1998, 592; cf. 160).

protección de la misma a través de la técnica jurídica de la rigidez; el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos jurídicos, etcétera... no representan sino desarrollos o consecuencias del genio democrático y del genio liberal.

Un asunto diferente es el relativo a la eventual preeminencia de uno de ellos en tanto que factor originario, punto en el que, como veremos, los autores se dividen, probablemente en razón de sus respectivas preferencias ideológicas u orientaciones políticas, pero de lo que no parece caber duda razonable es de que el actual Estado constitucional democrático y social es heredero de esos dos principios axiales del primer constitucionalismo. El neoconstitucionalismo representa

*el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo (...) En la fórmula contemporánea de democracia constitucional parece estar contenida la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea –ínsita en toda la tradición constitucionalista– de los límites de la política a fijar mediante la fuerza normativa de la constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en el ámbito de las democracias modernas.*²⁸⁹

Procede, sin embargo, aclarar que el ideal de la participación política y el de los derechos individuales no son ni frontalmente concurrentes ni necesariamente coincidentes, sino que se sitúan en sendas ópticas que son, sencillamente, distintas. Veamos este asunto.

B. Dos puntos de vista sobre la política: instancia de decisión y competencias

En efecto, a pesar de encontrarse asociados en el fenómeno constitucional y de poseer ambos un carácter normativo, la democracia y el liberalismo no se ubican en el mismo plano, puesto que, como al respecto escribió Ortega y Gasset,

democracia y liberalismo son dos respuestas a dos cuestiones de derecho político completamente distintas. La democracia responde a esta pregunta: ¿quién debe ejercer el poder público? La respuesta es: el ejercicio del poder público corresponde a la colectividad de los ciudadanos. Pero en esta pregunta no se habla de qué extensión debe tener el poder público. Se trata sólo de determinar el sujeto a quien el mando compete. La democracia

²⁸⁹ Fioravanti 2001, 163-164. Por constitucionalismo entiende liberalismo (cf. 154). Puede también verse Brage 2005a, 1; Ruipérez 2008, 153.

propone que mandemos todos; es decir, que todos intervengamos soberanamente en los hechos sociales.

El liberalismo, en cambio, responde a esta otra pregunta: ejerza quien ejerza el poder público, ¿cuáles deben ser los límites de éste? La respuesta suena así: el poder público, ejérzalo un autócrata o el pueblo, no puede ser absoluto, sino que las personas tienen derechos previos a toda injerencia del Estado.²⁹⁰

La democracia y el liberalismo se sitúan, pues, en dos diferentes enfoques normativos sobre la política, a saber, el de la instancia de toma de decisiones y el del alcance de las competencias del poder del Estado, respectivamente. Por oposición al autoritarismo, para el cual la designación de los gobernantes y el funcionamiento del sistema político resultan ser ajenos a la intervención de la ciudadanía, la democracia hace de la voluntad popular el criterio de legitimidad del mismo. Por oposición al totalitarismo, doctrina que atribuye al Estado la facultad de regular todos los aspectos de la vida humana y que, por tanto, no conoce más sociedad que la política, el liberalismo aspira a que las autoridades públicas dispongan de una serie limitada de competencias, tratando de asegurar la independencia de los individuos y asociaciones privadas para determinar ciertas dimensiones de la vida o, lo que es igual, de garantizar una sociedad civil.

Así, encontramos que, desde el punto de vista de la instancia de toma de decisiones, un sistema político puede ser democrático o autoritario, en la medida en que tal instancia sea el pueblo o, por el contrario, una persona o un grupo minoritario. Desde el punto de vista del alcance del poder político, puede ser liberal o totalitario, en función de que las competencias políticas sean limitadas o ilimitadas.

C. Una relación compleja

Previamente hemos afirmado que la democracia y el liberalismo no son ni frontalmente concurrentes ni necesariamente coincidentes. Quisiéramos ahora dejar constancia de la compleja

²⁹⁰ Ortega y Gasset, José. *El espectador*, citado por Marina y De La Válgoma 2000, 60. La democracia y el liberalismo “desde siempre pertenecían a dos campos distintos y con frecuencia contrapuestos, la una expresando esencialmente la idea de soberanía del pueblo o de la nación, el otro expresando esencialmente las ideas del límite, de equilibrio, de la garantía, de la moderación; la primera dirigida a legitimar el poder de quien está llamado a representar al pueblo soberano, el segundo dirigido a limitar ese poder, a establecer condiciones fijas e inderogables para su ejercicio” (Fioravanti 2001, 154).

relación que existe entre ambos principios normativos, tal y como se puede apreciar en las muy diferentes percepciones que de ellos tienen los autores en lo que respecta, particularmente, a la eventual preeminencia del uno sobre el otro. Es evidente que esta cuestión se encuentra entrelazada con la referida a la relación entre el Estado de derecho formal y el Estado constitucional democrático y social, que ya hemos tenido ocasión de plantear. Igualmente lo es que remite al problema de la concepción procedimental o sustancial de la democracia, que, a riesgo de incurrir en algunas duplicaciones, habremos de abordar en el capítulo III.

Comencemos por aquellas posiciones que, en algún grado y con unos u otros matices, confieren el papel originario o irreductible a los derechos y que, por lo mismo, tratan de mantenerlos fuera del alcance de la decisiones democráticas.

El planteamiento de Dworkin se inscribe en esta corriente en la medida en que señala que los derechos constituyen condiciones de posibilidad de una democracia que pueda ser considerada como genuina ²⁹¹. Se opone, al mismo tiempo, a los partidarios de un programa de restricción de la jurisdicción constitucional, que se apoyan sobre la teoría de la deferencia, según la cual “en una democracia todos los asuntos no resueltos, entre ellos problemas morales y políticos de principio, sólo deben ser resueltos por instituciones que sean políticamente responsables de una manera que los tribunales no lo son”. Frente a tal pretensión y en base a su teoría de los derechos morales del individuo “en contra del Estado”, Dworkin sostiene que, por más que el activismo judicial implique “riesgos de tiranía”, no resultaría en absoluto equitativo consentir “que la mayoría decida los límites de su propio poder”, pues de ese modo se estaría incurriendo en la

²⁹¹ “...una precondition de la democracia legítima es que se requiera al gobierno para que trate a los ciudadanos como iguales y respete sus libertades fundamentales y su dignidad. A menos que se satisfagan esas condiciones no habrá una democracia genuina, porque entonces la mayoría no tendrá un derecho moral legítimo de gobernar” (Dworkin 1994, 164-165). Para la concepción asociativa de la democracia que sostiene, “los derechos constitucionales que protegen la libertad que los individuos tienen para tomar sus propias decisiones éticas no comprometen la democracia, sino que más bien constituyen un intento de garantizarla” (Dworkin 2008, 184).

incongruencia de reconocerla como “juez en su propia causa” y, por vía de consecuencia, violando la idea misma de juridicidad ²⁹².

En esta primera corriente se inscribe también la postura de Ely, quien argumenta, en términos extraordinariamente semejantes a los de Dworkin, que “no tiene sentido utilizar los juicios de valor de la mayoría como medio para proteger a las minorías de los juicios de valor de las mayorías” ²⁹³.

Otro tanto sucede con el modelo garantista propuesto por Ferrajoli. Frente a quienes le acusan de anular el papel de la política, alega, desde el punto de vista externo del ordenamiento jurídico, que un tal modelo amplía el espacio político en la medida en que lo extrae del derecho, desplazándolo al ámbito de las luchas sociales y culturales. Asimismo arguye, ahora desde el punto de vista interno, que el alcance de la política legislativa no sólo no se ve anulado o no viene a adquirir un carácter meramente ejecutivo, sino que únicamente se restringe en razón de que los principios constitucionales se hallan normativamente supraordenados a la legislación, la cual, de todos modos, seguiría disponiendo que muy amplios márgenes de autonomía ²⁹⁴. No obstante lo dicho, según Ferrajoli,

los derechos fundamentales están de hecho sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado la «esfera de lo no decidible (que sí o que no)». Ésta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a las mayorías justamente porque están siempre –de los derechos de libertad a los derechos sociales– contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma lógica que

²⁹² Dworkin 1984, 222, 219 y, para los tres últimos entrecomillados, 225. “Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del *Bill of Rights*, como las cláusulas de igual protección o de proceso debido, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política. Es posible que sea necesario suavizar en alguna medida esa postura activista” (Dworkin 1984, 230-231).

²⁹³ Ely 1997, 92.

²⁹⁴ Cf. Ferrajoli 2001a, 170-171. “En un Estado constitucional de derecho, en suma, la relación entre la política y el derecho es de recíproca dependencia: no sólo es que el derecho esté subordinado a la política como su producto e instrumento, sino que, además, la política está subordinada instrumentalmente al derecho al hallarse sus opciones vinculadas a los principios constitucionales” (Ferrajoli 2001a, p. 171).

*asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir a los poderes de la mayoría (...) Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción.*²⁹⁵

En efecto, los derechos fundamentales serían “leyes del más débil... en alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia” y, en esa lógica, “derechos *contra* la mayoría”²⁹⁶. Más aún, Ferrajoli no esconde en absoluto su pesimismo acerca de una generalizada adhesión a los derechos por parte de la ciudadanía, ni tampoco el temor que le inspira una hipotética intervención de la mayoría en esa materia, pues

*es falso... que las normas sobre derechos fundamentales supongan de hecho que éstos sean compartidos desde el punto de vista moral... por la mayoría de quienes pertenecen a nuestra cultura por la que han sido producidos (...) Un referéndum realizado en tiempos de Beccaria sobre su «De los delitos y de las penas» habría recibido sólo el consenso de Beccaria y de algunas decenas de sus amigos. Tampoco hubiese tenido mayor éxito, si hubiese sido sometida a votación, la «Declaración de derechos» de 1789. Y, todavía hoy, sería de temer un referéndum sobre las garantías penales y procesales.*²⁹⁷

Ahora bien, no se trata única y exclusivamente de que la regla mayoritaria represente una amenaza para la subsistencia de los derechos, sino que son precisamente éstos los que constituyen una condición de posibilidad del sistema político democrático, pues, en ausencia de los mismos, “la mayoría podría siempre decidir políticamente su disolución”²⁹⁸.

Idéntica es, finalmente, la perspectiva adoptada por Jiménez Sánchez al apuntar que, puesto que la regla de la mayoría en cuanto tal no es capaz de evitar la instalación de un sistema político contrario a ella misma, las decisiones mayoritarias se encuentran confrontadas, en última instancia, al argumento de la “*reductio ad hitlerum*”²⁹⁹.

²⁹⁵ Ferrajoli 2006, 131.

²⁹⁶ Ferrajoli 2001b, 316 y 368 respect. La pretensión de su garantismo no es otra que “los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio” (Ferrajoli 2004a, 68).

²⁹⁷ Ferrajoli 2001b, 365-366. Abunda en la misma idea de forma literalmente muy próxima en Ferrajoli 2006, 129.

²⁹⁸ Ferrajoli 2001b, 345. Advierte a continuación: “No es una hipótesis de laboratorio. Es lo que ocurrió con el fascismo y con el nazismo, que alcanzaron el poder con elecciones ordinarias”.

²⁹⁹ Jiménez Sánchez 2001, 206.

He ahí cuatro posturas que permiten ilustrar la tesis del primado de los derechos sobre el procedimiento mayoritario o, dicho de otro modo, del principio liberal sobre el democrático.

Una segunda corriente entiende, muy al contrario, que el principio democrático constituye el factor originario del constitucionalismo actual y, por tal razón, se muestra favorable a la toma de decisiones democráticas en materia de contenidos de los derechos fundamentales.

Así, Kāgi entendió claramente que “esta idea de la democracia junto con aquella de la libertad otorga su impronta al moderno Estado constitucional”, pero igualmente afirmó que lo distintivo de la Constitución por relación al ordenamiento es precisamente la “autonormación” y que, *de facto*, “con el decaimiento de los derechos del pueblo y la humillación del Parlamento y del propio pueblo a favor y de resultados de meras acciones por aclamación, es decir, en la medida en que se eliminan o desnaturalizan los elementos democráticos de la Constitución, ésta pierde por lo general su sentido normativo, su vigencia como ordenamiento normativo «intangible»”³⁰⁰.

Pintore, por su parte, ha procedido a criticar la teoría de Ferrajoli en el entendido de que en ella se procede a “una suerte de ontologización de los derechos” por la vía de su “*reductio ad Constitutionem*”, lo que implica el sacrificio de la democracia como método de decisión política de individuos iguales en autonomía moral y, por consiguiente, en derechos, rompiendo así el vínculo entre éstos y sus titulares³⁰¹. En firme oposición al “activismo judicial potencialmente ilimitado” que de ahí se desprendería, mantiene que los derechos “pertenecen enteramente a la esfera política y de lo decidible” y que, por ello, su administración ha de llevarse a cabo de forma

³⁰⁰ Kāgi 2005, 87-88.

³⁰¹ Cf. Pintore 2001, 254 y 264. Ferrajoli defiende su postura alegando que no son sus tesis las que privan de la disponibilidad de los derechos fundamentales a sus titulares, sino las normas rígidas y universales en que tales derechos son formulados: “Precisamente la rigidez de las normas constitucionales con las que se establecen los derechos fundamentales los sustrae a la autonomía política ejercida mediante el voto y la elección de representantes, mientras su carácter universal los sustrae a la autonomía privada, ejercida mediante actos de disposición de sus titulares. No puedo vender mi derecho de voto, mi libertad de palabra o mi derecho a la salud (...) Las cosas son así, independientemente de nuestras opciones filosóficas o políticas, y la teoría del derecho sólo tiene la tarea de dar cuenta de ello” (Ferrajoli 2001b, 350-351).

pública, justificada y controlable por parte de sujetos políticamente responsables, “es decir, por parte del legislador democrático, y no del filósofo ni del intérprete”³⁰². La razón es que

*después de todo, creemos en los derechos porque creemos en la autonomía de los individuos, y no a la inversa. Y, como nos recuerda Walzer, los derechos desligados de autonomía corren en riesgo de convertirse en dones insidiosos, devoradores del propio valor del que nacieron. Asumir como fundante el valor ético político de la autonomía supone... aceptar... el riesgo de que sea ejercida de forma inepta, malvada o incluso autodestructiva. Por eso, como se ha dicho, la democracia es el régimen del riesgo y es un régimen trágico (Castoriadis).*³⁰³

En un trabajo muy elocuentemente titulado *Constitución y soberanía* Palombella se opone a la relación negativa entre derechos y democracia establecida por la usual teoría del poder constituyente, según la cual, puesto que la Constitución fija algunos derechos irrevocables, el poder constituyente se habría autodestruido como consecuencia de su ejercicio. Frente a tal pretensión y puesto que “el conjunto de las cualidades del sujeto y el contenido de su poder autonormativo están íntimamente vinculados”³⁰⁴, el autor se propone valorizar la tensión teórica entre democracia y derechos. Su obra representa, ciertamente, un notable esfuerzo en ese sentido, pero también da pie para interpretar que, en última instancia, es la democracia la que se ve atribuir un papel preeminente, puesto que es la propia naturaleza del poder constituyente la que, según el autor, “produce un resultado de tutela de algunos presupuestos autonormativos de la comunidad de individuos”³⁰⁵. Defiende que los derechos son un componente interno del marco de ejercicio de la soberanía popular, así como que un *diktat* teórico sobre la positividad jurídica de los mismos no ofrece para ellos mejor garantía que el principio de autolegislación, que permite

³⁰² Pintore 2001, 246 y 263.

³⁰³ Pintore 2001, p. 265. “Ahora bien, resulta ilusorio creer que sea posible desterrar este riesgo... refugiándose en la defensa exclusiva de la razón que ya está *en* el derecho, o que el filósofo cree ver en él, ignorando aristocráticamente la razón que puede operar *por* el derecho” (Pintore 2001, 265).

³⁰⁴ Palombella 1999a, 44; cf. 1-32. “Toda escisión entre poder constituyente, derechos y democracia pone en peligro no sólo la democracia sino los propios derechos” (Palombella 1999a, 58). Piensa que “la idea jurídica y un tanto iluminista de la razón universal de los derechos no posee ya, *por sí sola*, fuerza absoluta ni suficiente eficacia para conducir nuestros procesos de civilización. Mi opinión es que ella no puede funcionar sino volviendo a reflexionar acerca de la posibilidades internas del concepto de democracia” (Palombella 1999a, 3).

³⁰⁵ Palombella 1999a, 51. “El límite [al poder político] no nace de las constituciones antes que de los derechos, sino que está impuesto por la propia democracia, entendida en su principio inspirador que es el de la autolegislación” (Palombella 1999a, 10).

concebirlos como “la proyección y la consecuencia de la elección democrática”³⁰⁶. Su obra se cierra, de hecho, con la consideración según la cual

*toda excesiva rigidización de principios filosóficos en el derecho (a través de la interpretación o las enmiendas) parece un error, pues significa «en todo caso, sustraerlos al debate político a que propiamente pertenecen. Las intervenciones de los filósofos deberían limitarse a los dones que aportan. De otro modo, se asemejan a los Griegos portadores de ofrendas, de los que la gente debería desconfiar, porque lo que tienen en mente es la conquista de la ciudad».*³⁰⁷

Tomando pie en el principio de discurso, que posteriormente tendremos ocasión de presentar, también Habermas aborda una teorización de la convergencia entre liberalismo y democracia en que ha venido a consistir la modernidad política³⁰⁸, llegando incluso a formular la tesis de la “cooriginalidad de autonomía privada y de autonomía pública”³⁰⁹. Ahora bien, igualmente cabe entender que privilegia la democracia al afirmar que “el proceso democrático es el que soporta en el modelo que exponemos toda la carga de la legitimación. Tiene que asegurar simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública de los sujetos jurídicos”³¹⁰, pues “el sistema que haga valer *equilibradamente* la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos... habrá de contener precisamente aquellos derechos que los ciudadanos han de otorgarse recíprocamente si han de regular su convivencia en términos legítimos con los medios del

³⁰⁶ “El riesgo de un gobierno de los tutores se conjura no sólo en la medida en que se proporcionan al pueblo, externamente, derechos a respetar, sino, por el contrario, en la medida en que estos derechos sean concebidos y percibidos como la proyección y la consecuencia de la elección democrática, y formen parte integrante de la «conciencia social» de la democracia” (Palombella 1999a, 58-59).

³⁰⁷ Palombella 1999a, 141. La cita es de *Philosophy and Democracy* de Michael Walzer.

³⁰⁸ “La buscada conexión interna entre «derechos del hombre» y soberanía popular consiste... en que la exigencia de institucionalizar jurídicamente la autolegislación sólo puede cumplirse con ayuda de un código que *a la vez* implica el garantizar libertades subjetivas de acción judicialmente accionables. A la inversa, la igual distribución de esos derechos subjetivos (y de su *fair worth*) sólo puede satisfacerse mediante un procedimiento democrático que funde la presunción de resultados racionales en la formación de la opinión y la voluntad políticas” (Habermas 1998, 653-654; cf. 169 y 202).

³⁰⁹ Habermas 1998, 169. “...la autonomía moral y la autonomía ciudadana son cooriginales y pueden explicarse con la ayuda de un económico principio de discurso, que no expresa otra cosa que el sentido de las exigencias postconvencionales de fundamentación” (Habermas 1998, 172; cf. 184 y 193).

³¹⁰ Habermas 1998, 648.

derecho positivo”³¹¹. Tenemos, en suma, que los derechos resultarían de un ejercicio de autolegislación ciudadana³¹².

Citemos, por último, el planteamiento de Javier Ruipérez, quien, con el objetivo de evitar el desmantelamiento a que la globalización estaría sometiendo al Estado constitucional democrático y social, propone que “lo que ha de hacerse es poner en práctica, y además en toda su intensidad, las doctrinas de Rousseau sobre el funcionamiento del Estado democrático”³¹³.

Encontramos, pues, aunque con diversos grados de certeza, que los autores de este segundo grupo privilegian el elemento democrático como aquel que, en última instancia, permite dar razón de la realidad del fenómeno neoconstitucional y salvaguardarlo adecuadamente.

2.3.4. La potencialidad heurística del concepto de dignidad

A. La dignidad, común denominador de los principios democrático y liberal

Los profundos desacuerdos existentes en torno a la originalidad o irreductibilidad última de uno de los dos principios, sea el democrático o el liberal, nos permiten poner de relieve la intrincada relación que entre ellos existe.

³¹¹ Habermas 1998, 184. “La organización del Estado de Derecho ha de servir en última instancia a la autoorganización políticamente autónoma de una sociedad que con el sistema de los derechos se ha constituido como la asociación de miembros libres e iguales en que consiste la comunidad jurídica” (Habermas 1998, 244-245). “De la interpretación del principio de soberanía popular en términos de teoría del discurso se siguen el principio de una protección comprehensiva de los derechos individuales que venga garantizada por una justicia independiente...” (Habermas 1998, 238).

³¹² “Los ciudadanos examinan a la luz de este principio de discurso qué derechos han de reconocerse mutuamente. *En tanto* que sujetos jurídicos han de anclar en el medio mismo que representa el derecho ese ejercicio de autolegislación” (Habermas 1998, 656-657).

³¹³ Ruipérez 2008, 153. Frente a ese mismo problema, también De Vega estima las potencialidades de un retorno a Rousseau para, como él, “organizar por mediación del contrato social una teoría de la libertad”. Se muestra, sin embargo, más cauteloso que Ruipérez al especificar la pertinencia de una discusión sobre “los aciertos o errores en el desarrollo de su concepción de la *libertad política*” (De Vega 2007, 33 y 50 respect.). En efecto, por más que Rousseau hiciera proceder la voluntad general del cómputo de los votos individuales, algunas de sus observaciones relativas a la libertad resultan peligrosamente ambiguas, como, por ejemplo, la que dice relación a la libertad obligada: “cualquiera que rehúse obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el pueblo, lo cual no significa otra cosa que se le obligará a ser libre” (Rousseau 1983, libro I, cap. VII, p. 46; cf. libro IV, cap. 2, p. 164).

Llegados a este punto, en el resto de nuestro trabajo quisiéramos mostrar la potencialidad que ofrece el recurso a la significación imaginaria que es la dignidad humana de cara a una comprensión global e integradora del Estado constitucional democrático y social como convergencia del principio democrático y del principio liberal.

Una tal comprensión nos parece revestir una extraordinaria importancia por cuanto toda escisión entre democracia y derechos representa un grave debilitamiento y, a término, una frontal amenaza tanto para aquélla como para éstos ³¹⁴.

De ahí que, en nuestro tercer capítulo, vayamos a intentar una lectura del componente democrático del Estado constitucional democrático y social a partir del concepto de dignidad y que en el cuarto nos propongamos hacer otro tanto con el liberal.

Pues bien, entendemos que ambos principios mantienen una relación de mutua necesidad ³¹⁵ y, por consiguiente, de recíproca irreductibilidad, así como que es esa autoconciencia humana típica del mundo moderno que llamamos dignidad, tal y como fue teorizada por Kant, la que constituye el común denominador a que tanto el uno como el otro son reductibles o, en otros términos, la premisa que sustenta el doble ideal de los derechos y de la participación política.

De hecho, el filósofo de Königsberg, como ha sido oportunamente señalado, recurría a las dicciones “ser capaz de derechos” y ser “colegislador” ³¹⁶ como otros tantos modos de expresar al ser a quien, por tener un carácter personal, reconocía dignidad. También Häberle, por su parte, entiende que tanto los derechos como la democracia se apoyan sobre la base de la dignidad ³¹⁷.

³¹⁴ “Toda escisión entre poder constituyente, derechos y democracia pone en peligro no sólo la democracia sino los propios derechos” (Palombella 1999a, 58).

³¹⁵ “...en la dirección que va del liberalismo a la democracia, son necesarias algunas libertades para que el ejercicio del poder democrático sea aceptable; y en la línea que va de la democracia al liberalismo, se advierte que el poder democrático es indispensable para garantizar las libertades fundamentales” (Garrido 2007, 92).

³¹⁶ Cf. Kant 2004b, 206; cf. Kant 1994b, 95.

³¹⁷ Cf. Häberle 2003, 146 y 298.

B. El sustrato antropológico de la dialéctica entre los principios

No obstante lo dicho, nada permite todavía dar razón de la tensión que se produce, como hemos tenido ocasión de comprobar al asomarnos a la compleja relación existente entre democracia y liberalismo, entre las exigencias de uno y otro principio, y en la cual se enmarca la famosa polémica sobre las respectivas funciones del legislador y del juez constitucional. Alexy no duda en hablar, al menos en ese sentido, de la existencia de una “necesaria colisión” entre democracia y derechos.

*Las normas iusfundamentales que... vinculan al legislador establecen lo que debe y lo que no puede decidir el legislador legitimado democráticamente. Desde su perspectiva, fijan prohibiciones y mandatos que limitan su libertad y son, además, normas negativas de competencia que limitan su competencia. En este sentido, se produce necesariamente una colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales. El que, por otra parte, el principio de la democracia exija una serie de derechos fundamentales (por ejemplo, derecho electoral, libertad de opinión), no altera en nada esta colisión, sino que muestra que el principio de la democracia tiene que ser dividido en varios subprincipios que pueden entrar en colisión recíproca, lo que, dicho sea de paso, constituye el fundamento teórico-normativo de la llamada paradoja de la democracia, que apunta al viejo problema de la eliminación democrática de la democracia. La necesaria colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales implica que el problema de la distribución de competencias entre el legislador parlamentario legitimado democrática y directamente como así también responsable –en el sentido de la destituibilidad electoral– y el Tribunal Constitucional sólo indirectamente legitimado democráticamente y no destituible electoralmente es un problema insoslayable y permanente.*³¹⁸

Plantear la relación entre democracia y liberalismo en términos de mutua necesidad y de necesaria colisión, como hemos hecho, equivale a afirmar que constituyen los dos términos de un fenómeno cuyo contextura es de tipo dialéctico.

Ahora bien esa dialéctica no es, a nuestro juicio, sino la constitutiva de la persona humana, el ser de quien predicamos dignidad. Ya hemos tenido oportunidad de encontrarla en la áspera formulación de la “insociable sociabilidad”³¹⁹ atribuida por Kant ser humano, pero ahora

³¹⁸ Alexy 1993, 432-433.

³¹⁹ Kant 1994a, 8-9.

necesitamos presentarla con mayor detalle y precisión, para lo que recurriremos al personalismo comunitario, también denominado la “antropología dialógica”.

2.4. El personalismo comunitario

La expresión personalismo comunitario fue empleada por vez primera por Maritain en *El campesino de Garona*³²⁰, del año 1966, aunque ya en 1935 Mounier había publicado una obra titulada *Revolución personalista y comunitaria*. El personalismo comunitario, con todo, designa la concepción de la persona humana presente en una tradición de autores tales como Rosenzweig, Ebner, o Buber³²¹, cuyas primeras producciones intelectuales en este sentido tuvieron lugar hacia los años veinte del pasado siglo, inscritas en el movimiento de crítica de la filosofía idealista.

Tal pensamiento antropológico puede ser pensado como una búsqueda de equilibrio entre las dos antropologías extremas que a continuación presentamos.

2.4.1. Dos extremos antropológicos

En efecto, utilizando una metodología de trabajo ideal-típica, podemos decir que, desde el punto de vista de las relaciones entre lo individual y lo social, en la modernidad encontramos dos antropologías extremas.

Para una de ellas, la de signo individualista, la persona humana es esencialmente un ser individual o, lo que es igual, un yo presocial, constituido con total independencia respecto de sus relaciones sociales, que no serían, por lo tanto, sino realidades posteriores y derivadas. Nozick, por ejemplo, escribía en tal sentido: “Sólo existen personas individuales con sus propias vidas individuales”³²². Es típico de esta concepción, además, atribuir a la condición humana

³²⁰ Cf. Barba 2001, I, 30.

³²¹ Ya en 1919 Franz Rosenzweig había publicado *Estrella de la redención* y Ferdinand Ebner *La palabra y las realidades espirituales*, y en 1923 había visto la luz *Yo y tú* de Martin Buber. Puede verse una panorámica general de los autores clásicos vinculados a esta corriente en Arroyo 2007.

³²² Nozick, Robert. *Anarquía, Estado, utopía*, citado por Held 1991, 295. “Lo que se llaman «finés sociales» son simplemente fines idénticos de un gran número de individuos” (Hayek 1993, 49).

comportamientos de tendencia marcadamente egocéntrica ³²³ y competitiva ³²⁴, así como tolerar en altísimo grado las desigualdades económicas entre las personas ³²⁵.

En las antípodas de la antropología individualista se sitúa el modelo que podríamos llamar colectivista, puesto que en él se niega la existencia de un yo presocial, al punto de llegar a afirmarse con rotundidad que “el individuo es el ser social. Su exteriorización vital... es así una exteriorización y afirmación de la vida social” ³²⁶. Desde esta perspectiva se atribuye a la persona una fácil y rápida inclinación tanto hacia el altruismo ³²⁷ como hacia la actividad cooperativa ³²⁸, al tiempo que se convierte la búsqueda de la igualdad económica en un objetivo del máximo interés ³²⁹.

³²³ “No es la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero lo que nos procura nuestra cena, sino el cuidado que ponen ellos en su propio beneficio. No nos dirigimos a su humanidad, sino a su propio interés, y jamás les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas” (Smith 1994, 46). “Todo grupo de hombres... se rige exclusivamente por lo que a su juicio le interesa, en el sentido más estricto y egoísta de la palabra interés; nunca por una consideración del interés de los demás” (Bentham, Jeremy. *Constitutional Code*, citado por Macpherson 1982, 51). “Cada uno de nosotros tiene la tendencia natural de privilegiar sus propios intereses” (Friedman 1984, 95).

³²⁴ “El riesgo y la competición, la muerte y el cambio son la esencia misma de la condición humana” (Gilder 1981, 266). “La experiencia sugiere que si no existe una causa justa por la cual combatir..., entonces los hombres lucharán...meramente por luchar... pues no pueden imaginar la vida en un mundo sin lucha” (Fukuyama 1992, 437).

³²⁵ “...no existe esa supuesta igualdad entre los hombres, por el simple hecho de que no nos paren así nuestras madres (...) La Naturaleza jamás se repite; nunca produce en serie. Cada uno de nosotros, desde que nacemos, llevamos grabada la impronta de lo individual, de lo único, de lo singular” (Mises 1994, 47).

³²⁶ Marx 1981, 146. “...la esencia humana no es algo abstracto inherente a cada individuo. Es, en realidad, el conjunto de las relaciones sociales” (Marx 2008, VI).

³²⁷ Lenin anunciaba que, en la sociedad comunista, el trabajo socialmente necesario sería realizado por gente feliz, “sin norma, sin contar con un salario, sin acordarlo, desinteresadamente del todo y por amor a la sociedad, por la necesidad de un organismo sano” (*Ausgewählte Werke*, citado por Höffner 2001, 127).

³²⁸ “La sociabilidad y la necesidad de ayuda y apoyo mutuo son cosas tan innatas de la naturaleza humana...”. Siempre han constituido “el principal impulsor en el camino del progreso máximo” (Kropotkin 2008, 120 y 201 respect.).

³²⁹ En el *Manifiesto* se critican “las desigualdades irritantes que claman en la distribución de la riqueza” (Marx y Engels 1986, 92). “...ser socialista significa tratar de reducir... la desigualdad social derivada del nacimiento o de la posición social de una persona, que escapa a su control” (Jospin 1999, 17).

2.4.2. Sus correspondencias ideológicas y científico-sociales

Nada tiene de sorprendente que las dos antropologías antitéticas que acabamos de caracterizar de forma ideal-típica guarden una estrecha correspondencia o, dicho weberianamente, afinidad electiva con las dos grandes matrices ideológico-económicas modernas, el liberalismo y el socialismo, respectivamente. Como escribía Samuelson a propósito del célebre texto smithiano del carnicero y el cervecero, “conocer la verdad (¡y las limitaciones!) de estos pasajes es la «última Thule» de la sabiduría económica”³³⁰.

Así, priorizar en el plano antropológico la individualidad del ser humano implica admitir que lo que fundamentalmente necesita para realizarse como tal es libertad, lo que aboca a un paradigma económico de propiedad privada del capital productivo y de regulación por el mercado. Por el contrario, considerar las relaciones sociales como fuente de lo humano conduce al primer plano axiológico el ideal de la igualdad, buscada en un orden económico caracterizado por la propiedad colectiva de los medios de producción y por la planificación como instrumento de regulación económica.

Una tal confrontación entre concepciones de lo humano concierne no sólo a la antropología filosófica y a la economía, sino que constituye asimismo una cuestión transversal de la filosofía política³³¹ y del conjunto de las ciencias sociales, incluida la teoría del Estado, pues, como apuntaba Schmitt, “se podrían avalorar todas las teorías del Estado y las ideas políticas con la piedra de toque de su antropología y, siguiendo este criterio, clasificarlas según descansen en el

³³⁰ Samuelson 1996, 22. “Es fácil hablar, en abstracto, de la necesidad de una fecunda conjugación entre los mecanismos de mercado, por un lado, y la priorización planificada de las metas sociales improrrogables, por el otro. Es preciso darse cuenta de que está en juego un conflicto de concepciones antropológicas, un conflicto profundo entre las maneras de concebir la conciencia histórica posible, un conflicto agudo entre los proyectos institucionales en los cuales se imagina viable un comportamiento colectivo de los seres humanos en sociedades complejas, en la perspectiva del bien común para todos” (Assmann 1994, 25).

³³¹ El amplio y complejo debate entre liberales (Rawls, Rorty, Dworkin, Raz) y comunitaristas (Taylor, Sandel, MacIntyre, Walzer) mantenido en décadas recientes ha vuelto a plantear el problema de la relación entre la autonomía individual y las pertenencias comunitarias. Puede verse una buena presentación del mismo en Mulhall y Swift 1996.

supuesto, consciente o inconsciente, del hombre «malo por naturaleza» o «bueno por naturaleza»”³³².

Resulta, pues, consistente que los años en que una nueva teoría del derecho criticaba en profundidad el iuspositivismo y el formalismo típicos del Estado de derecho decimonónico, imbuido tanto de la ideología liberal como de su implícita antropología individualista, y propugnaba la rematerialización del derecho y el restablecimiento de la Constitución normativa, fueran los mismos –aproximadamente los correspondientes a la República de Weimar (1918-1933)– en que una nueva concepción de la persona pujaba por abrirse paso y buscaba acreditación a través de las producciones intelectuales de pensadores como Rosenzweig, Ebner o Buber.

De hecho, cuando Smend señalaba que la visión del hombre presente en la *Constitución de Weimar* había de inferirse a partir de los derechos fundamentales en ella consagrados, tenía una conciencia meridianamente clara de que tal visión no coincidía con la subyacente en los sistemas jurídicos del siglo XIX, a saber, “el tipo de individuo calculador y egoísta, en definitiva, la imagen teórica del *bourgeois*” descubierta por Radbruch, desde la que se proyecta una mirada meramente instrumental sobre la política y que “acaba consecuentemente por disolverse en su propio individualismo”³³³. Volveremos enseguida y en positivo sobre la antropología bosquejada por Smend, a saber, la del “individuo ligado moralmente al Estado”³³⁴.

“La época de la burguesía llega a su fin y nos encontramos ante las puertas aún sin abrir de una época nueva y distinta (...) El presente, sin embargo, amenaza con que el ciudadano sea absorbido por las confesiones políticas y por las aspiraciones cuasirreligiosas de los grandes movimientos políticos”, escribía Smend en 1928, barruntando así el riesgo totalitario, de inverso

³³² Schmitt 1941a, 161.

³³³ Smend 1985, 253-254.

³³⁴ Brage 2005b, XXVII.

signo antropológico, que ya se cernía sobre los ciudadanos y que pretendería sustituir la referida ligazón moral por el completo sometimiento de los mismos al Estado ³³⁵.

Es ese mismo totalitarismo, esta vez consumado en versión nazi o bolchevique, el que será diagnosticado antropológicamente por Buber en 1942 como la desastrosa respuesta dada por el “contacto fundente de la persona con el «todo»” al fracaso de la “mónada en medio de otras mónadas”, es decir, la reacción de la antropología colectivista frente a la individualista:

Si el individualismo no abarca más que una parte del hombre, así le ocurre también al colectivismo: ninguno de los dos se encamina a la integridad del hombre, al hombre como un todo (...)

En el individualismo..., el hombre se siente individuo de un modo tan radical como ningún otro ser en el mundo (...) Únicamente la mónada en medio de otras mónadas puede sentirse individuo en forma extremada y ensalzar tal estado (...) El individuo moderno posee, esencialmente, un fundamento imaginario (...)

El colectivismo se produce en lo esencial como consecuencia del fracaso de la primera. La persona humana pretende esta vez sustraer su destino a la soledad, tratando de sumergirse por completo en uno de los modernos grupos compactos. Cuanto más compacto, más cerrado y más potente sea este grupo, tanto más se sentirá libre de ambas formas de intemperie, la social y la cósmica. Ya no hay motivo alguno para la angustia vital, puesto que basta con acomodarse en la «voluntad general» y abandonar la responsabilidad propia ante la existencia, que se ha hecho demasiado complicada, en manos de la responsabilidad colectiva, que se muestra a la altura de todas las complicaciones (...) La colectividad asume la seguridad total..., lo general mismo parece que se ha hecho real, pero, en su esencia, el colectivismo moderno está afectado por la ilusión. Se ha establecido el contacto fundente de la persona con el «todo», que abarca la masa de los hombres y funciona con tanta seguridad, pero ningún contacto ha tenido lugar de hombre a hombre. El hombre en colectividad no es el hombre con

³³⁵ Smend 1985, 266. Ya en 1919, durante una conferencia sobre *La política como vocación*, Weber había dicho a un auditorio ideológicamente enfervorizado: “Y ahora, estimados oyentes, los emplazo para que hablemos nuevamente de este asunto dentro de diez años. Si entonces, como desgraciadamente tengo motivos para temer, llevamos ya mucho tiempo dominados por la reacción... me gustará mucho saber qué «ha sido» interiormente de aquellos de entre ustedes que ahora se sienten auténticos «políticos de convicción» y participan en la embriaguez de la revolución actual (...) Lo que tenemos ante nosotros no es la alborada del estío, sino una noche polar de una dureza y una oscuridad heladas, cualesquiera que sean los grupos que ahora triunfen” (Weber 1994a, 176-177). Bien puede pensarse que el diagnóstico weberiano de una sociedad racionalizada al modo burocrático (“la jaula de hierro”) y que acogía, no obstante, las pasiones políticas desatadas que habrían de acabar por controlarla entrevió los totalitarismos de la Alemania nazi y de la Unión Soviética.

*el hombre. No se libra a la persona de su aislamiento unciéndola a otras vidas; el «todo», que reclama la totalidad de cada uno, se encamina consecuentemente, y con éxito, a reducir, neutralizar, desvalorizar, despojar de todo aviso de santidad a cualquier unión entre seres vivos (...) No se supera el aislamiento de los hombres, lo único que se hace es sofocarlo (...) El colectivismo moderno es la última barrera que ha levantado el hombre antes de encontrarse consigo mismo.*³³⁶

Procedemos, pues, a referir el núcleo temático del personalismo comunitario o antropología dialógica, porque tal es, a nuestro entender, la imagen del hombre subyacente al Estado constitucional democrático y social.

2.4.3. Una antropología equilibrada

Valga antes recordar, aun a riesgo de incurrir en una perogrullada, que “antropología” designa la concepción que acerca de la persona humana, su condición o su realidad tiene ella misma, razón por la cual la antropología es siempre y necesariamente una autoconciencia.

Pues bien, la nueva autoconciencia de que hablamos consistió en una fuerte reacción contra la percepción de la persona humana como yo presocial en que consiste la concepción de lo humano definitoria de la antropología individualista, que fue la hegemónica durante la primera modernidad. De ahí que, en un típico movimiento de balanceo, el personalismo comunitario subrayara fuertemente la relación con el “tú” en tanto que necesaria al ser personal y que atribuyera a tal tesis cambios revolucionarios respecto del anterior idealismo³³⁷:

¿Cuál es entonces la índole propia del yo auténtico? La cosa es bien sencilla: su existencia no radica en su relación consigo mismo, sino... en su relación con el tú... No existe en absoluto ningún yo fuera de esa relación (...) El yo y el tú, esas son las realidades espirituales de la

³³⁶ Buber 1990, 142-154.

³³⁷ En Descartes encontramos uno de sus mejores exponentes: “...esta verdad: «pienso, luego existo» era tan firme y segura que... juzgaba poder admitirla, sin escrúpulo, como el primer principio de la filosofía que yo buscaba (...) Examinando con atención lo que yo era... y del hecho de que, en cambio, dudara de la verdad de las otras cosas, se seguía de manera muy cierta y evidente que yo era (...) Por eso conocí que era un sustancia cuya esencia o naturaleza completa no es sino pensar, y que, para ser, no necesita de ningún lugar ni depende de ninguna cosa material” (Descartes 2008, 29).

*vida. Desarrollar sus consecuencias... significa también en sí el suicidio de la filosofía..., el fin del idealismo. Pues de éste vive toda filosofía, bien confíese profesarlo o bien lo combata.*³³⁸

*La palabra básica Yo-Tú sólo puede ser dicha con la totalidad del ser. Pero la reunión y la fusión en orden al ser entero nunca puedo realizarlas desde mí, aunque nunca pueden darse sin mí. Yo llego a ser Yo en el Tú; al llegar a ser Yo, digo Tú. Toda vida verdadera es encuentro.*³³⁹

*...la persona nos aparece también como una presencia dirigida hacia el mundo y las otras personas... Las otras personas no la limitan, sino que la hacen ser y crecer. No existe sino hacia otro, no se conoce sino por otro, no se encuentra sino en otro (...) Esas verdades son el propio personalismo, hasta el punto que constituye un pleonasma designar la civilización que pretende como personalista y comunitaria.*³⁴⁰

No obstante, el hecho de destacar tan enfáticamente la relación con el “tú” como componente necesario de la personalización representa una actitud polémica frente al individualismo que no conduce a tales autores a una inversa unilateralidad, sino, como ya hemos apuntado, a una posición intermedia entre las dos concepciones antropológicas extremas.

Buber deja meridianamente claro, ciertamente, que “el hecho fundamental de la existencia humana no es ni el individuo en cuanto tal ni la colectividad en cuanto tal. Ambas cosas, consideradas en sí mismas, no pasan de ser formidables abstracciones. El individuo es un hecho de la existencia en la medida en que entra en relaciones vivas con otros individuos: la colectividad es un hecho de la existencia en la medida en que se edifica con vivas unidades de relación”³⁴¹.

³³⁸ Ebner, Ferdinand. *La palabra y las realidades espirituales*, citado por Arroyo 2007, 303.

³³⁹ Buber 1996, 13. Sobre las consecuencias sociales y políticas de su antropología filosófica habla elocuentemente el hecho de que Buber fundara la asociación *Berit Shalom*, dedicada a promover la coexistencia pacífica entre árabes y judíos en Palestina (cf. Díaz 2002, 108).

³⁴⁰ Mounier 1961a, 35-36. “La experiencia primitiva de la persona es la experiencia de la segunda persona. El tú, y en él el nosotros, precede al yo, o al menos lo acompaña. Es en la naturaleza material (y a ella estamos parcialmente sometidos) donde reina la exclusión, porque un espacio no puede ser ocupado dos veces. Pero la persona, por el movimiento que la hace ser, se expone. Es por naturaleza comunicable, e incluso la única que lo es. Hay que partir de ese hecho primitivo. Del mismo modo que la filosofía que se encierra en el pensamiento no encontrará jamás una puerta hacia el ser, el que se encierra en el yo no encuentra jamás el camino hacia otro” (Mounier 1961a, p. 36).

³⁴¹ Buber 1990, 146.

Resulta, en suma, que, en la perspectiva del personalismo comunitario, la persona es irreductiblemente individual y necesariamente social. Su ser individual y su ser social son otras tantas dimensiones –no partes– constitutivas de su humanidad. La unidad y la distancia de esa realidad humana “se expresa en la palabra que trata de unir al *yo* y al *tú*... Los pares *yo-tú*, correlativos, idénticos y distantes, se designan con la palabra *nos-otros*. Ahí está expresada la identidad y la alteridad”³⁴², que requieren, respectivamente, libertad e igualdad.

Tal concepción se sitúa, evidentemente, en un plano antropológico, pero adquiere una proyección práctica de trascendental importancia, tal y como se muestra con toda claridad en los dos pilares sobre los que ha de construirse, según Mounier, una relación entre las personas y cualesquiera asociaciones que pretenda cabalidad, es decir, respeto de la condición de fin en sí mismo que corresponde únicamente a cada persona singular. Se trata de

*1º) El fin director de toda sociedad es el bien de las personas que la componen; el objetivo de toda organización social, la puesta en práctica de los mejores medios para alzar a cada uno a su libre elección, a la acción responsable, a la comunidad querida. El poder que una sociedad ejerce sobre sus miembros tiene como límite absoluto el espacio necesario para que cada uno pueda realizar libremente los actos esenciales de su destino y llevar a cabo aportaciones a las sociedades de las que obtiene el beneficio de su iniciativa. 2º) Las personas humanas viven y se desarrollan normalmente en las comunidades naturales en que se encuentran: familia, nación, comunidad de trabajo, agrupaciones de afinidades o de creencias. Abstraído de esas comunidades, el individuo no es nada; separados de ellas, se aja o subvierte el medio. No está llamado a apartarse de ellas u oponerse a ellas sino para sobrepasarlas y recrearlas más vivas.*³⁴³

El primero de esos criterios se corresponde, sin duda, con la dimensión individual de la vida humana y el segundo con la social. Más allá de la inexistencia de explícitas coincidencias terminológicas, lo cierto es que la aplicación política de los mismos que aparece en la definición

³⁴² Lobato 1997, 185.

³⁴³ Mounier 1994, nº 3. Tales pilares son presentados por el autor como la doble raíz de los derechos.

de democracia ofrecida por Mounier converge más que suficientemente con el modelo de Estado constitucional democrático y social ³⁴⁴:

Para nosotros hay sólo una definición válida de la democracia: es, en el plano político, la exigencia de una personalización indefinida de la humanidad (...) La democracia no es la felicidad del pueblo: también los fascismos pueden garantizarla, materialmente, e incluso subjetivamente en un pueblo abusado y desposeído de la libertad. La democracia no es la supremacía del número, que es una forma de opresión. Es la búsqueda de los medios políticos destinados a asegurar a todas las personas, en una ciudad, el derecho al libre desarrollo y al máximo de responsabilidad. ³⁴⁵

En uno u otro lenguaje y con unos u otros matices, la visión de lo humano que es el personalismo comunitario se encuentra muy presente en los planteamientos de muchos autores contemporáneos pertenecientes a diversos ámbitos del pensamiento ³⁴⁶. Es igualmente la visión que encontramos en la obra de Smend.

2.4.4. Smend y el “flujo circular” entre el individuo y la sociedad

En efecto, del mismo modo que la concepción de lo humano de Mounier adquiere una proyección política afín al neoconstitucionalismo, la teoría constitucional de Smend incorpora algunos

³⁴⁴ Lo mismo cabe decir sobre el planteamiento político de Carlos Díaz, uno de los principales representantes del personalismo comunitario en la actualidad, quien considera que “el personalismo comunitario... continúa siendo la más urgente asignatura pendiente de la humanidad: busca llevar a cabo la modernidad nunca realizada, y mucho menos superada por la idiotizante posmodernidad. Y el lema axiológico de la modernidad es «libertad, igualdad, fraternidad», triduo inédito por excelencia (...) Lo que hace falta es llenar la libertad democrática formal de igualdad social, y ambas de fraternidad axiológica. Desde luego, esto significaría un cambio verdaderamente completo, una auténtica revolución personalista y comunitaria” (Díaz 2008b).

³⁴⁵ Mounier 1961b, 123.

³⁴⁶ Transcribimos sólo dos de los muchos posibles ejemplos. “Considerar al hombre como conjunto de sus relaciones sociales conduce a un colectivismo inhumano”, pero “el proceso de socialización forma parte indispensable del proceso de personalización por el que devenimos autónomos” (Cortina 2007b, 274 y 286 respect.; cf. 274-279 y 291). “El entrelazamiento de la existencia individual y de las formas de vida colectiva obliga a pensar un sujeto integrado en la vida pública porque la realización humana no es pensable fuera del espacio común” (Innerarity 2006, 62-63).

supuestos de tipo antropológico dignos del mejor personalismo comunitario ³⁴⁷. Esto no es casual, sino que se debe, a nuestro juicio, a ese dinamismo o lógica interna de las ideas llamada por Weber afinidad electiva, dinamismo que en el pensamiento de Mounier operaba desde la antropología filosófica hacia la organización política y que ahora encontramos inversamente en el de Smend. Así, en el marco de “los presupuestos filosóficos de una teoría de la Constitución” por él planteados, en *Constitución y derecho constitucional* pueden leerse interesantísimas consideraciones acerca de lo que denomina “la estructura fenomenológica del yo” ³⁴⁸, que nos permiten presentar, ahora de forma positiva, la antropología de este autor.

El individuo en cuanto tal no puede ser entendido sustancialmente, pues toda participación en la dinámica del espíritu o de la sociedad es fruto de un estímulo de la comunidad, lo que impide que ésta sea derivada mecánicamente de los individuos. Tampoco el todo social constituye una base de tipo sustancialista, pues entenderlo así significaría elevarlo por encima de su estricta función como unidad formal de las múltiples experiencias de los individuos, reduciendo entonces la rica dinámica de la vida del espíritu y de la sociedad al colectivo y limitando así la función del individuo a algo pasivo, a un simple receptor, idea que contradice plenamente el ‘a priori’ de toda ciencia del espíritu (...) El modelo interpretativo más cercano a la estructura propia de la realidad socio-cultural sería aquel que tratase de asimilarla como un sistema de influencias mutuas, o... como un flujo circular. ³⁴⁹

Resulta de gran utilidad, en nuestra opinión, la conceptualización operada en el modelo antropológico personalista-comunitario de cara a la correcta comprensión de algunas piezas jurisprudenciales. Es el caso de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional de

³⁴⁷ El autor por él citado es Eduard Spranger, filósofo y pedagogo, quien también trabajó en la línea de los aportes de Dilthey y muy es reconocido en los actuales medios del personalismo comunitario (cf. Da Dalt 2007; Cobo 2008, 212).

³⁴⁸ Smend 1985, 52 y 49 respect.

³⁴⁹ Smend 1985, 54-55. “El punto de partida no puede ser... el individuo aislado, en el sentido de entender el Estado como progresión causal derivada del individuo (...) No es posible derivar causalmente la dinámica del grupo de la dinámica del individuo. Aunque se pretenda interpretar la influencia de lo espiritual en la vida social del modo más genérico posible, desde la estructura de la individualidad no es factible llegar a las formas sociales supraindividuales, ni tampoco al Estado (...) Esto se debe primordialmente a que el individuo en sociedad únicamente lo es tal si participa en la vida del grupo y no merced a su «estructura» originaria. El individuo sólo puede ser entendido desde la óptica de lo social, y lo social a su vez no se puede entender como una simple sustancia articulada de lo supraindividual, sino como algo que en sí mismo pertenece y se desarrolla exclusivamente junto con el individuo; en la polaridad entre individuo y sociedad estriba justamente lo esencial del «ensamblaje social» (Spranger)” (Smend 1985, 53-54; cf. 49-50).

la República Federal de Alemania de la norma relativa a la dignidad consagrada en el artículo 1.1. de su *Ley fundamental*, según la cual a tal norma subyace “la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado, sino como la de un individuo referido a y vinculado con la comunidad”³⁵⁰.

Otro tanto cabe decir acerca de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que establece la necesidad de considerar la dignidad humana de un modo tal que integre los contenidos propios de “la dimensión social de la persona”³⁵¹.

Por su parte, la *Constitución de la República Dominicana*, como afirma Jorge Prats, “rechaza tanto las concepciones individualistas del liberalismo clásico como las soluciones extremas del colectivismo y se inclina por una línea intermedia: los derechos de la persona se protegen y el mantenimiento de los medios que permitan a la persona perfeccionarse progresivamente se logra «dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos»”³⁵².

2.4.5. Esbozo para una historia de la antropología política

El personalismo comunitario, como decimos, ha llegado a ser ampliamente compartido en nuestros días, pero no hemos de perder de vista que se trata de una concepción antropológica que comenzó a abrirse paso durante la primera posguerra, en simultaneidad cronológica y afinidad electiva con el movimiento en favor de la rematerialización del derecho y del restablecimiento de la Constitución normativa.

³⁵⁰ *BVerfGE* 45, 187 (227), citado por Alexy 1993, 345. El sistema valorativo establecido en la *Ley Fundamental* se encuentra “centrado en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social” (*BVerfGE* 7, 198 (205), citado por Alexy 1993, 148).

³⁵¹ “...considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia” (Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 29).

³⁵² Jorge 2005, I, 571. El texto citado se encuentra en el artículo 8 de la Constitución.

Pues bien, tomando en cuenta tanto esa constatación como algunas de las conclusiones obtenidas en el capítulo I, quisiéramos ahora plantear hipotéticamente –es decir, con una pretensión de completa provisionalidad– lo que podríamos llamar un esbozo para una historia de la antropología política. Por tal entendemos aquellos rasgos de la concepción de la persona que resultan significativos de cara a la comprensión del modelo de organización social –tanto en lo estrictamente político como en lo económico–, lo que nos remite, una vez más, a la visión de las instituciones sociales en tanto que realizaciones del imaginario social y a la idea de la existencia de afinidades electivas entre éste y aquéllas.

Ya sabemos que en la premodernidad primó un esquema de comprensión teórica y de efectiva organización social de tipo holista –es decir, de primacía del todo sobre las partes o de la sociedad sobre los individuos– y, consecuentemente, una concepción funcional de los seres humanos, quienes eran portadores de identidades marcadamente estamentales y, por ende, jerarquizadas. Podríamos, pues, pensar que la concepción funcional de la dignidad que es típica de tales sociedades se corresponde con una acentuación unilateral de la dimensión social de la persona o, en otros términos, con una antropología colectivista.

Queda igualmente dicho que la modernización social consistió, desde el punto de vista antropológico que ahora nos incumbe, en la emergencia de la concepción ontológica de la dignidad en detrimento de la funcional. Tal proceso, en el que los seres humanos fueron dejando de ser considerados como valiosos en razón de su función social para pasar a ser vistos como fines en sí mismos –lo que tiene como corolarios los ideales de libertad e igualdad–, fue correlativo al de la progresiva sustitución del esquema social holista por otro de tipo personalista, de corte más horizontal o menos jerárquico.

Ahora bien, la existencia de una consistente afinidad electiva entre el personalismo comunitario y el neoconstitucionalismo nos induce a establecer una distinción entre la primera y la segunda modernidad.

Denominamos primera modernidad al período que va desde, aproximadamente, la independencia de las colonias norteamericanas y la revolución francesa hasta la segunda guerra mundial. Se trata del período correspondiente al orden social burgués, configurado tanto por la ideología

económica liberal y su correspondiente economía de mercado como por un Estado de derecho formal. La concepción ontológica de la dignidad, como sabemos, nació propiamente en esa época, pero también en ella tuvo lugar una exclusivización de la dimensión individual del ser humano. Pues bien, concebir esa primera modernidad como reacción extrema de la antropología individualista contra la colectivista que había caracterizado a las anteriores sociedades tradicionales no está exento, en nuestra opinión, de toda plausibilidad.

Por su parte, tanto los regímenes comunistas como los nazi-fascistas podrían ser conceptualizados como formas nostálgicas de la premodernidad en el sentido de que, en su oposición a la sociedad burguesa, volvieron a enfatizar unilateralmente la dimensión social de la persona. Las prácticas totalitarias que les caracterizaron reflejan, *de facto*, un esquema social de tipo holista, que guarda profunda afinidad con la antropología colectivista.

El personalismo comunitario, en el plano antropológico, y el neoconstitucionalismo, en el jurídico-político, comenzaron a articularse en el período de entreguerras, pero sólo alcanzaron éxitos prácticos a partir de 1945. Tras las unilateralidades en que incurrió la primera modernidad, esta segunda se singulariza por una comprensión equilibrada de las dimensiones individual y social de la vida humana. La dignidad ontológica se predica ahora de una persona cuya existencia entrelaza una dimensión individual y otra social, desplegando consecuentemente sus efectos tanto en aquélla como en ésta.

Es claro que todo fenómeno humano de envergadura –y un cambio antropológico ciertamente lo es– hunde sus raíces y conoce precedentes en épocas más o menos remotas de la historia. Puede no ser casual que también para este asunto del personalismo comunitario que ahora nos ocupa, al igual que lo era para el relativo a la emergencia de la concepción moderna de la dignidad, abordada en el capítulo I, el pensamiento de Tomás de Aquino contenga los elementos que permiten considerarlo como lo que con Metz hemos llamado un “incipiente viraje epocal”. De hecho, como apunta Lobato, ya en la *Summa theologiae* quedó reflejada la doble faceta de lo humano característica de la concepción personalista-comunitaria ³⁵³: que “cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo” y, simultáneamente, que “el hombre no se

³⁵³ Cf. Lobato 1997, 182-183.

ordena a la comunidad política con todo su ser y con todas sus cosas, [por lo que] no es necesario que cualquier acto suyo sea meritorio o demeritorio por orden a la comunidad política”³⁵⁴.

Quizás suceda, después de todo, que la concepción ontológica de la dignidad y el personalismo comunitario guarden entre sí, a su vez, un estrecho maridaje³⁵⁵. Lo cierto, como ya hemos tenido ocasión de señalar, es que, al tiempo que el viejo constitucionalismo estuvo imbuido de individualismo antropológico, su discurso sobre la dignidad del ser humano fue compatible con – y en gran medida legitimó– un orden social cuyo verdadero sujeto político y económico era la burguesía, lo que representó, evidentemente, un falseamiento práctico de la concepción ontológica de la dignidad teóricamente reconocida.

2.5. El neoconstitucionalismo, la dignidad y el personalismo comunitario

En el presente epígrafe nos proponemos compendiar aquellos contenidos del capítulo II que permiten articular el tratamiento de la democracia y de los derechos a partir de la antropomía de la dignidad formulada en el capítulo I, tratamiento que nos proponemos llevar a cabo en los capítulos III y IV respectivamente.

La moderna autoconciencia es la de un ser digno cuya existencia posee una contextura dialéctica, puesto que se encuentra entretrejida por una dimensión individual y otra social, cuyo cultivo exige respectivamente libertad e igualdad. Se trata, en efecto, de la dignidad ontológica, es decir, aquella que consiste en la autonomía y que corresponde idénticamente a todos y cada uno de los seres humanos, por lo que tiene como corolarios los ideales de la libertad, en el plano individual, y de la igualdad, en el social.

³⁵⁴ Aquino 2001, II-II, c. 64, a. 2, sol; I-II, c. 21, a. 4, ad 3 respect.

³⁵⁵ No es ese el objeto de nuestro trabajo, por lo que no procede que avancemos en esa dirección. Baste decir, a modo de ejemplo, que Carlos Díaz sitúa en el primer lugar de sus *Bases comunes de los personalistas* el epígrafe titulado “La persona, fin en sí” (cf. Díaz 2008a). También Rolla parece sugerir esa misma conexión al afirmar que “no es suficiente que las personas sean tratadas con dignidad, sino que es necesario que todas sean tratadas con igual dignidad y respeto; porque la dignidad humana posee tanto un perfil individual, como uno relacional” (Rolla 2002, 473).

Una tal autoconciencia no es de tipo únicamente antropológico, sino también axiológico o antroponómico, puesto que en ella se establece tanto el ideal de la persona moralmente perfecta como el tratamiento debido al ser humano en razón del valor absoluto e intrínseco que le es propio. Este segundo significado antroponómico de la dignidad ontológicamente concebida implica que la autonomía de la persona debe ser respetada siempre y tanto en la dimensión individual de su vida como en la social.

El modelo del Estado constitucional democrático y social se fundamenta sobre tal idea de la dignidad humana y, por lo mismo, puede ser concebido como una objetivación jurídico-política de la misma. Al asentarse sobre el valor absoluto e intrínseco de cada persona humana, tal Estado se asigna a sí mismo un carácter mera y estrictamente instrumental, es decir, proclama que el criterio de validez o legitimidad tanto de su configuración como de la actuación de sus autoridades no es otro que el servicio ofrecido a la realización de las personas en la doble dimensión de sus existencias.

La dignidad humana es, ciertamente, el común denominador de los principios democrático y liberal, que conjuntamente articulan el Estado Constitucional democrático y social. Puesto que entre ellos existe una relación de mutua necesidad y de necesaria colisión, ha de decirse que su configuración es también de tipo dialéctico³⁵⁶, como la de la persona humana en la concepción que de ella propone la antropología personalista-comunitaria. La concepción del Estado constitucional democrático y social como objetivación político jurídica de la dignidad de la persona resulta cónsona, desde luego, con el hecho de que su configuración sea dialéctica, al igual de la de la persona humana a cuyo respeto y perfeccionamiento se ordena.

³⁵⁶ “La dialéctica entre liberalismo y democracia radical, puesta en marcha por la Revolución Francesa, ha estallado a nivel mundial. La disputa versa acerca de cómo pueden compatibilizarse la igualdad con la libertad, la unidad con la pluralidad, o el derecho de la mayoría con el derecho de la minoría. Los liberales empiezan con la institucionalización jurídica de iguales libertades y entienden éstas como derechos subjetivos. Para ellos los derechos del hombre gozan de primacía normativa sobre la democracia, y la división constitucional de poderes goza de primacía sobre la voluntad del legislador democrático. Los abogados del igualitarismo entienden, por otro lado, la práctica colectiva de los sujetos libres e iguales como formación soberana de la voluntad común. Entienden los derechos humanos como manifestación de la voluntad popular soberana. Y la Constitución que establece la división de poderes nace de la voluntad ilustrada del legislador democrático (...) La discusión sobre libertad e igualdad es proseguida a un nivel distinto en la disputa entre socialismo y liberalismo” (Habermas 1998, 598; cf. 652).

En el capítulo III deberíamos tratar de mostrar la plausibilidad de una comprensión del principio democrático como proyección político-jurídica de la dimensión social del ser humano, es decir, como satisfacción de la exigencia antroponómica de respetar la autonomía de las personas en su dimensión social. Tal principio, en efecto, postula la necesaria participación de los ciudadanos en el poder político, según un criterio de igualdad. La antroponomía de la dignidad reivindica como principio constitucional, al decir de Kant, “la igualdad de todos (como ciudadanos)”³⁵⁷ o, de otro modo, el respecto de su condición de co-legisladores.

En el capítulo IV deberíamos tratar de mostrar la consistencia de una interpretación del principio liberal como proyección político-jurídica de la dimensión individual del ser humano, es decir, como satisfacción de la exigencia político-jurídica de respetar la autonomía de las personas en su dimensión individual. Tal principio, en efecto, postula la limitación del poder político en orden a la protección de los derechos, según un criterio de libertad. La antroponomía de la dignidad reivindica como principio constitucional, al decir de Kant, “la libertad de los miembros de una sociedad (como hombres)”³⁵⁸ o, de otro modo, la aceptación de que cada uno de ellos busque “su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante”³⁵⁹.

Ahora bien, es importante destacar que en ningún momento nos hemos referido a las “partes” individual y social de la persona humana, como si constituyeran espacios separados de su existencia, respectivamente correspondientes al ámbito privado y al público. La dicotomía de que hablamos no es territorial, puesto que siempre se trata de la misma persona humana, sino

³⁵⁷ Kant 2007d, 6. El tercero de los principios *a priori* del derecho establece “la independencia de cada miembro de la comunidad, en cuanto ciudadano” (Kant 2004b, 197). Puede, en efecto, interpretarse como un principio de libertad política, tal y como hemos hecho en el capítulo I, pero ésta tiene como condición de posibilidad la igualdad de los ciudadanos y consiste, de hecho, en que todos ellos sean co-legisladores (cf. Kant 2004b, 212). La igualdad política como condición necesaria de la libertad es, por lo demás, común a la tradición liberal (Held 1991, 92).

³⁵⁸ Cf. Kant 2007d, 6. El primero de los principios *a priori* del derecho igualmente establece “la libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre” (Kant 2004b, 197).

³⁵⁹ Kant 2004b, 206. Por su parte, el segundo principio *a priori* del derecho –“la igualdad [de cada miembro de la sociedad] con cualquier otro, en cuanto súbdito”– y el segundo principio de la Constitución republicana –“la dependencia en que todos se hallan de una única legislación común (como súbditos)”– remiten a la idea de la igualdad ante la ley.

dimensional, lo que significa que ambos aspectos de su única existencia –el individual y el social, el “hombre” y el “ciudadano”– entran permanentemente en juego tanto en el ámbito privado como en el público, lo que viene a generar cuatro tipos de situaciones. Valgan a ese respecto los ejemplos contenidos en el siguiente cuadro de doble entrada.

	Ser “hombre”	Ser “ciudadano”
Espacio privado	Hacer un donativo para cubrir los gastos de salud de un amigo.	Respetar la inviolabilidad de la correspondencia en la familia.
Espacio público	Asistir a una manifestación en contra de la energía nuclear.	Participar activamente en una campaña electoral

Esta última cuestión se encuentra estrechamente relacionada con otra que más adelante habremos de plantear, a saber, la relativa a la articulación entre las éticas de máximos y la ética cívica, en tanto que ética mínima, respectivamente orientadas hacia la bondad del “hombre” y la justicia del “ciudadano”. Si ahora la traemos a colación es únicamente a los fines de sugerir que quizás sea esa unidad existencial de la persona humana a la que hacemos referencia la que permite entender que el esquema de trabajo que –aunque en los términos potenciales del “deberíamos”– acabamos de anunciar para los siguientes dos capítulos (la interpretación de los principios democrático y liberal como proyecciones político-jurídicas de las dimensiones social e individual del ser humano, respectivamente) pueda y deba ser relativizado en muy alto grado.

Así es, el principio democrático puede ser pensado en relación no sólo con la dimensión social de la persona ³⁶⁰, sino también con la individual, puesto que equivale a la satisfacción de un tipo específico de derechos, a saber, los políticos. Nosotros, sin embargo, abordaremos tales derechos en el marco del principio democrático: no hay democracia sin derechos políticos.

³⁶⁰ Por ejemplo, como cultivo del sentido del “nosotros” (cf. Innerarity 2006, 22).

El principio liberal, por su parte, puede ser pensado en relación no sólo con la dimensión individual de la persona ³⁶¹, sino también con la social, puesto que la lógica de una libertad en términos reales conduce a la satisfacción de los derechos sociales en tanto que condiciones de posibilidad de la misma, es decir, a una práctica institucionalizada de la mutua responsabilidad entre las personas. Nosotros, sin embargo, abordaremos los derechos sociales en el marco del principio liberal: no hay libertad sin un mínimo de condiciones económicas, sociales y culturales.

Por lo tanto, no es sólo que el esquema de trabajo previsto deba ser relativizado, sino que, de hecho, no seremos completamente coherentes con él, lo cual posiblemente deba ser considerado como una consecuencia más de la intrincada relación entre democracia y liberalismo a la que ya hemos tenido ocasión de hacer alusión.

Nuestro principal esfuerzo, en todo caso, se dirige a mostrar la consistencia de una interpretación del Estado constitucional democrático y social –articulado por los principios democrático y liberal– como objetivación jurídica de la dignidad de la persona humana, en quien “el ciudadano” y “el hombre” no deben, ciertamente, ser confundidos, pero tampoco pueden ser separados.

En pie queda, por lo demás, que tal Estado no puede ser cabalmente comprendido sin atender a la doble y dialéctica dimensión de la persona humana puesta de relieve por el personalismo comunitario.

Es probablemente esa dialéctica personal la que constituye la razón por la que el proyecto neoconstitucional, lejos de haber sido enteramente cumplido, permanece abierto y en búsqueda de realizaciones más adecuadas a la compleja urdimbre de la humanidad. He ahí, por cierto, una interesante forma de comprensión de la política en el marco del neoconstitucionalismo: la tentativa, siempre insatisfecha, de conciliar las necesidades humanas de individuación y de pertenencia ³⁶².

³⁶¹ Por ejemplo, como defensa de los derechos “en contra del Estado” (cf. Dworkin 1984, 219).

³⁶² “Las necesidades de los hombres son contradictorias y, específicamente..., la necesidad de libertad y la necesidad de enraizamiento son teóricamente inconciliables (...) La política es... la tentativa perpetuamente recomenzada de conciliar en la práctica lo que es teóricamente inconciliable, a saber, la incompatibilidad de las necesidades humanas de libertad y de seguridad, de individuación y de pertenencia” (Ignatieff, Michael. *La liberté d’être humain. Essai sur le désir et le besoin*, citado por Taguieff 1987, 480).

CAPÍTULO III: LA DEMOCRACIA O EL SER HUMANO COMO SUJETO POLÍTICO

Dado que el Estado constitucional democrático y social se funda sobre la dignidad humana, en el presente capítulo nos proponemos ensayar una interpretación y tratamiento del principio democrático, que, junto el liberal, constituye ese tipo de Estado, a partir del respeto de la autonomía de las personas que viene exigido por el segundo significado antropológico de la concepción moderna de dignidad. Además, tal como hemos anunciado y tratado de justificar en el anterior capítulo, consideraremos tal principio como proyección político-jurídica de la dimensión social de las personas, lo que aboca a la aceptación de igualdad de las mismas en tanto que ciudadanos, es decir, participantes en el poder político.

3.1. ¿El triunfo de la democracia?

Inmediatamente después de la caída del muro de Berlín, Fukuyama proclamó la definitiva e indudable victoria tanto de la economía de mercado como de la democracia liberal ³⁶³, aventurándose incluso en una tesis relativa al cierre cualitativo de la historia: “El significado esencial del final de la historia no es que las turbulencias hayan cesado o que el mundo se haya vuelto completamente uniforme, sino más bien que no hay sistemas alternativos serios a la democracia liberal y el capitalismo basado en el mercado para los países más avanzados del mundo” ³⁶⁴. Por democracia liberal entendía un sistema político multipartidista en el que se practica periódicamente la elección de los gobernantes mediante sufragio adulto universal, igual y secreto. Tal sería, a fin de cuentas, “la mejor solución al problema humano” ³⁶⁵.

Ahora bien, más allá de aquella coyuntural euforia neoliberal, lo cierto es que es el propio concepto de democracia el que en esta modernidad tardía ha llegado a convertirse en una especie de “evidencia moral” ³⁶⁶, mereciendo un reconocimiento prácticamente generalizado como tamiz necesario, e incluso a veces suficiente, de la validez de cualesquiera resultados o decisiones y, en

³⁶³ Cf. Fukuyama 1990, 85-96.

³⁶⁴ Fukuyama 1995, 88. “No podemos imaginar un mundo que sea esencialmente distinto del nuestro y al mismo tiempo mejor” (Fukuyama 1992, 84; cf. 82-84).

³⁶⁵ Fukuyama 1992, 446.

³⁶⁶ García Trevijano 1996, 287.

lo que toca a nuestro tema, gozando de un sólido crédito como criterio de legitimidad de las instituciones y de los procesos políticos ³⁶⁷.

Sucede, en realidad, que la polisemia del término “democracia” –cuando no su oscuridad interesadamente cultivada– lo convierte en objeto de frecuentes abusos ideológicos, es decir, manipulaciones en busca de la acreditación que, cual si de rey Midas se tratase, automáticamente proporciona legitimidad a aquellas realidades a las que se aplica ³⁶⁸.

Pues bien, frente a semejante “dogmatismo emotivista” ³⁶⁹ y con vistas a allanar el camino a la crítica racional, resulta necesario identificar para la democracia un núcleo indispensable, que, en el caso del Estado constitucional democrático y social, no puede proceder sino de la dignidad ontológica en la que éste se fundamenta y en que consiste la autoconciencia típicamente moderna.

3.2. El ser humano como sujeto

Concebir al ser humano como ontológicamente digno equivale, como sabemos, a considerarlo constitutivamente moral, es decir, como sujeto que, a partir de su propia razón, puede y debe normar autónomamente su propia existencia, lo que obliga a no tratarlo nunca como mero medio, sino siempre como un fin. De ahí que el término dignidad tenga equivalencia semántica en expresiones tales como “ser racional”, “ser sujeto”, “ser agente” o “ser autónomo”.

3.2.1. Dignidad y democracia

Las anteriores sinonimias nos permiten identificar en los planteamientos de algunos autores contemporáneos la consideración de la democracia como aquel ideal político que, siendo el único compatible con la dignidad ontológica –diversamente expresada por unos y otros–, viene inmediatamente exigido por el reconocimiento de la misma, al punto de constituir su mero corolario político. Valga el siguiente muestrario de textos:

³⁶⁷ La democracia “proporciona un criterio común para la moderna legitimidad política” (Dunn 1995, 292).

³⁶⁸ Cf. Martínez Real 1997, 477-478.

³⁶⁹ Cortina 1993, 26-27.

*...bien puede ser que todo el poder del Estado dimane del pueblo, pero este enunciado jencuentra ya su «premisa primaria» en la dignidad humana! Es el «punto de referencia arquimédico» de todas las derivaciones y contextos del gobierno y de las «cadenas de legitimidad», que también son necesarias en el Estado constitucional. El «gobierno del pueblo» (por el pueblo y para el pueblo) es concebido apenas en una segunda etapa de razonamiento.*³⁷⁰

*...democracia significa autogobierno: es la forma de gobierno en la que las personas se gobiernan a sí mismas. Esta respuesta supone que, aunque someterme a la autoridad de los otros comprometería mi dignidad cuando no participo en sus decisiones, mi dignidad no se ve comprometida cuando participo, como miembro igual en esas decisiones.*³⁷¹

*La autonomía moral y su género la dignidad humana es el deber ser básico del que emanan los deberes y los derechos que sostienen la democracia, es decir la autonomía política.*³⁷²

*La ciudad debe hacer todo lo posible por ayudar a los ciudadanos a ser efectivamente autónomos. Esa es, ante todo, una condición de su existencia en tanto que ciudad democrática: una ciudad está hecha de ciudadanos y ciudadano es aquel que es «capaz de gobernar y ser gobernado» (Aristóteles).*³⁷³

*La democracia está basada en una concepción del ser humano como agente.*³⁷⁴

*El descubrimiento moderno de que cada hombre tiene la capacidad de darse sus propias leyes y es, por tanto, un sujeto y no un objeto para los demás hombres, sólo puede encarnarse socialmente en la vida democrática.*³⁷⁵

*La democracia consiste en la igualdad de derechos, incluido el derecho de votar y ser votado, y la razón por la que ese sistema debe adoptarse es que todas las personas son sujetos y no objetos; cualquier otro sistema las trataría como objetos.*³⁷⁶

³⁷⁰ Häberle 2003, 174. “La democracia es consecuencia de la dignidad humana (...) Digo de otro modo: pertenece a la imagen del hombre en el Estado constitucional que el hombre como ciudadano pueda elegir y votar, que tenga derechos democráticos de participación” (Häberle, P. *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, citado por Gutiérrez 2005, 45, nota 129).

³⁷¹ Dworkin 2008, 184.

³⁷² Peces-Barba 2002, 64.

³⁷³ Castoriadis 1996, 12.

³⁷⁴ O’Donnel 2004, 11.

³⁷⁵ Cortina 2007b, 264. “Una determinada idea de sujeto, que ejerce su autonomía en los distintos ámbitos de la vida social teniendo en cuenta sus peculiaridades, es la clave de una democracia radical” (Cortina 1993, 128).

³⁷⁶ Miranda 1996, 165.

3.2.2. El principio de subjetividad política

Por nuestra parte hemos de decir, en consonancia con el marco teórico del imaginario social, que el principio democrático constituye una objetivación político-jurídica de la autoconciencia de la dignidad ontológica. La consiguiente interpretación del mismo a la luz de esa antroponomía que en él se objetiva obliga a pensarlo como principio de la subjetividad política.

Puede así afirmarse, en paráfrasis de Touraine ³⁷⁷, que la democracia es la vida política subjetiva o, en otros términos, el único modelo político respetuoso de la subjetividad de los ciudadanos, lo que en realidad no constituye sino una versión filosófica de la doctrina política y principio jurídico de la soberanía popular.

Tenemos, por lo tanto, que un régimen político puede decirse democrático sólo si –y en tanto en cuanto– su diseño institucional y su funcionamiento efectivo excluyen la posibilidad de que los ciudadanos se vean reducidos a la condición de objetos de decisiones ajenas en la adopción e implementación de las metas que a todos afectan, garantizándoles, por el contrario, la posibilidad de ser sujetos, es decir, de participar activa y eficazmente en la resolución de todos aquellos asuntos que tienen relevancia en su vida política.

La democracia consiste, dicho de otro modo, en la práctica de la autonomía política, que sintetiza precisamente el ideal kantiano de la libertad de los ciudadanos en tanto que colegisladores y que sólo es posible si éstos ven reconocidos sus derechos políticos en condiciones de igualdad ³⁷⁸. Ofrece, por lo tanto, la única posibilidad de configuración moral de la vida política a partir de los cánones de la autoconciencia moderna y su correspondiente antroponomía. Tenemos, en síntesis,

³⁷⁷ “La democratización es la subjetivización de la vida política” (Touraine 1992, 400). El sujeto, que es tanto libertad personal como pertenencia colectiva, debe ser comprendido en esta obra de Touraine, como la voluntad de actuar autónomamente, es decir, de ser reconocido como actor frente a las pretensiones del poder. También en la doctrina social de la Iglesia católica la democracia es comprendida en clave de subjetividad de la ciudadanía. Así, por ejemplo: “una auténtica democracia” requiere, entre otras cosas, “de la «subjetividad» de la sociedad mediante la creación de estructuras de participación y de corresponsabilidad” (Juan Pablo II 1999, n. 46).

³⁷⁸ Ya hemos indicado previamente que la igualdad de derechos políticos como condición necesaria de la libertad representa un tópico del pensamiento liberal.

que la democracia es la forma política específicamente moderna o, en sentido inverso, que la modernidad política se denomina democracia.

La anterior concepción de la democracia es, en efecto, de tipo normativo-moral, pero no por ello ajena al derecho. Si desde la misma pueden y deben evaluarse aquellos regímenes políticos que, de forma explícita o implícita, apelan al modelo del Estado constitucional democrático y social es porque éste pretende ser *ethos* objetivo de la dignidad y, por ende, resulta portador del reclamo de legitimidad que deriva de la satisfacción del principio de subjetividad política ³⁷⁹. A fin de poder proceder adecuadamente en tal sentido valorativo acudimos ahora a una tipología de los regímenes democráticos.

3.3. Participación *versus* representación

3.3.1. Los modelos de democracia

La tipología que a continuación presentamos se limita a los regímenes democráticos, es decir, abarca únicamente aquellos que hacen residir la soberanía o titularidad del poder político en el pueblo, por lo que las diferencias entre los tres tipos vendrán dadas exclusivamente en razón del ejercicio de tal poder. Veamos.

A. La democracia directa

La especificidad del modelo de democracia directa consiste en que es a la totalidad de la ciudadanía a quien corresponde no sólo la titularidad sino también el ejercicio del poder político, o sea, la facultad de toma de decisiones, hasta el punto de que, en el tipo ideal puro, no se admite la delegación de ninguna competencia política ³⁸⁰. Este modelo suele también conocerse con la denominación de democracia ateniense o griega, a causa de su implantación, aunque mitigada, en las *polis* de la Grecia clásica.

³⁷⁹ “El principio democrático actúa como principio de legitimación originaria del sistema en la medida en que sólo la referencia al consentimiento fundacional de los gobernados, convertido así en fuente última del poder, legitima todo el orden de autoridades del Estado y todo el orden de prescripciones del derecho, incluida la propia Constitución” (Jorge 2005, 583-584).

³⁸⁰ Cf. Malinverni 1987, fasc. XIV, 2-8.

Una de las descripciones más notables de las instituciones políticas de aquellas *polis* es la ofrecida por Aristóteles en su *Política*, obra escrita entre el 335 y el 323 a.C. y que en modo alguno constituye una apología de las mismas, por lo que no cabe atribuirle ninguna idealización interesada. Vale la pena citar *in extenso* su presentación de las bases de la Constitución democrática, cuyo principio sería el de “la libertad fundada en la igualdad”:

En primer lugar, todos los ciudadanos deben ser electores y elegibles para todas las magistraturas. Todos deben mandar a cada uno, y cada uno a todos, alternativamente. Los cargos, al menos los que no exigen gran experiencia, deben discernirse a la suerte. El censo [basado en la propiedad] no debe existir o ser insignificante. Nadie debe ocupar dos veces el mismo cargo, o rara vez, en funciones de poca importancia; deben exceptuarse los empleos militares. La duración de las magistraturas se limitará todo lo posible. Los jueces, que serán todos, o elegidos entre todos, juzgarán todos los negocios, o al menos los más importantes, como la responsabilidad de los magistrados, los políticos o los civiles. La asamblea del pueblo estará investida del poder supremo, dejando solamente a los magistrados atribuciones secundarias (...) Ninguna magistratura debe ser perpetua; y si alguna antigua salva de la revolución este privilegio,, deben limitarse sus facultades y hacer que, en ella, a la elección substituya la suerte.

*Tales son las bases de las instituciones democráticas. Emanan directamente del principio democrático, es decir, de la perfecta igualdad entre los individuos, que parece constituir esencialmente este sistema de organización política. Es innegable que la igualdad existe cuando pobres y ricos llegan indistintamente a las magistraturas y cuando no son soberanos solamente los pobres, sino todos igualmente, siguiendo el criterio del número. Sólo así habrá en la democracia verdadera libertad e igualdad.*³⁸¹

Estudios históricos confirman que en las ciudades griegas de los siglos VI y V a.C. se alumbró una idea de democracia caracterizada principalmente por los siguientes rasgos: 1) La conformación de la asamblea de ciudadanos como centro de toma de decisiones, que se reunía unas cuarenta veces al año y que tenía potestad para decidir sobre leyes, finanzas, relaciones exteriores, orden público, etcétera, así como para exigir responsabilidades a los magistrados. Excluía a las mujeres, a los metecos y a los esclavos, cuya proporción en la Atenas de Pericles (495-429 a.C.) era de, al menos, tres por cada dos ciudadanos libres. 2) La asignación de puestos

³⁸¹ Aristóteles 1996, libro VII, capítulo II; pp. 205-206. “La asamblea general decide soberanamente de la paz y de la guerra, celebra o rompe las alianzas, hace las leyes, estatuye acerca de las penas de muerte, de confiscación y del destierro, y exige la responsabilidad a los magistrados (...) Cuando todos deliberan acerca de todo, hay verdadera democracia” (Aristóteles 1996, libro VI, capítulo XII; p. 193).

ejecutivos por sorteo, incluyendo el comité ejecutivo y de gobierno de la asamblea, denominado el Consejo de los Quinientos, pero exceptuando las jefaturas militares. 3) La administración de justicia por tribunales populares, a menudo compuestos por más de quinientos ciudadanos.³⁸²

La filosofía –el pensamiento racional frente al mítico– y la democracia –la libertad política basada en la igualdad frente a la dominación aristocrática– nacieron de la mano. Parece deber decirse que, también ahora, nos encontramos ante una convergencia de significados, consistente en la simultánea racionalización tanto del pensamiento como de la *polis*.

*Entre las instituciones sociales y políticas de la ‘polis’... y las técnicas autocríticas y analíticamente precisas de gran parte del pensamiento griego, existía una clara afinidad electiva. Ambas se apoyaban, en última instancia, en las prácticas de la discusión pública, en la franca aportación (y aceptación) de razonamientos que eran la base de las conclusiones (...) Los griegos aprendieron a desarrollar las matemáticas, la lógica, la filosofía y varias ciencias naturales como estructuras de creencia públicamente responsable, de la misma manera que aprendieron a desarrollar el gobierno democrático como una estructura de autoridad públicamente responsable.*³⁸³

B. La democracia representativa

También en este modelo sucede que la titularidad del poder político es atribuida al pueblo o a la nación mediante las respectivas fórmulas de la soberanía popular o nacional, pero el ejercicio del mismo aparece como competencia exclusiva de una minoría, al punto que, en el tipo ideal puro,

³⁸² Cf. Hornblower 1995, 13-29; Held 1991, 27-51; Giner 1994, 3-66; Ospina 2008.

³⁸³ Dunn 1985, 315-316. “La conciencia mítica tiene un carácter conservador; justificaba lo existente y lo presentaba como algo invariable, ajeno al ser humano, impuesto a este desde una instancia superior y extramundana. La nueva forma de conciencia que llamamos filosofía tuvo desde su origen un carácter radicalmente diferente, revolucionario (...) La reflexión lógica, racional, sobre el mundo, conducente a descubrir sus principios inmanentes de funcionamiento y ordenamiento, tenía como propósito último justificar los nuevos valores morales (...) cuestionar el orden existente y sus normas de legitimación, y de crear un orden nuevo (...) La democracia griega fue esencialmente el medio político mediante el cual los pobres se protegían a sí mismos contra la explotación y la opresión por parte de la aristocracia terrateniente. Es evidente que la democracia fortaleció la autodeterminación política y económica de los *politen*... y, como consecuencia, el desarrollo de un pensamiento independiente y racional (...) El sistema de relaciones democráticas en la *polis* democrática se basaba... en un orden basado en el derecho, en un sistema de normas racionalmente fundadas. Las formas de legitimación mítica de la dominación aristocrática pasaron a carecer de significación política en la democracia” (Acanda 2006, 59-80).

toda facultad decisoria es objeto de delegación en los mandatarios a través del mecanismo electoral.

Sabido es que este modelo es el que se adecua en mayor medida a la casi totalidad de los regímenes democráticos actualmente existentes, que constituyen, en principio, sistemas políticos de representación de la ciudadanía. Ahora bien, una rápida visión retrospectiva permite perfilar, por contraste, las características definitorias del tipo de mandato político en ellos vigente.

Tal mandato, en efecto, poco tiene en común con aquel de que eran portadores los representantes de las ciudades, estamentos y corporaciones en las cámaras del Antiguo Régimen, que obedecía al modelo jurídico de derecho privado y poseía, por lo tanto, un carácter imperativo y revocable. Tal era, además, la concepción rousseauiana de la representación que aparece como conclusión de su doctrina de la soberanía popular o fraccionada. “En cambio, la doctrina de la soberanía nacional, característica del pensamiento liberal, vendrá a ofrecer justificación a un mandato llamado representativo, en el cual el carácter colectivo de la nación representada impedirá prácticamente la formulación de instrucciones, excluyendo, en consecuencia, la posibilidad de la revocación inmediata del mandato”³⁸⁴.

Así, los regímenes democráticos vigentes, tal y como conviene al esquema de separación del Estado y de la sociedad civil, del que más adelante nos ocuparemos, confieren a los electos una tal autonomía en el ejercicio del poder político que, en términos generales, son ellos quienes prácticamente operan como los verdaderos soberanos. La celebración de elecciones no constituye un mecanismo al servicio de la autonomía de los ciudadanos, puesto que no se orientan tanto a representar la voluntad de los mismos cuanto a proporcionar legitimidad genérica a las futuras decisiones de los electos. “Las elecciones –resume Sartori– no resuelven problemas: deciden quién habrá de resolverlos”³⁸⁵, en el mejor de los casos.

³⁸⁴ Martínez Real 1997, 488-499. Cf. Duverger 1987, 72-77. Además, concibiendo la nación de forma holista, la doctrina de la soberanía nacional permitió justificar en el siglo XIX un electorado-función (y, a través de éste, el sufragio censitario tratado en el capítulo I) como alternativa al electorado-derecho en que desemboca la doctrina de la soberanía popular.

³⁸⁵ Sartori 1988, I,147.

De ahí que, en la medida en que los actuales regímenes democráticos son representativos, es decir, se articulan a partir del principio de la delegación del ejercicio del poder político, sigue vigente para ellos la crítica dirigida Rousseau al parlamentarismo inglés de su tiempo:

*La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general, y a la voluntad no se la representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo no son ni pueden ser representantes; son únicamente sus comisarios, y no pueden resolver nada en definitiva (...) El pueblo inglés piensa que es libre y se engaña; lo es sólo mediante la elección de los miembros del Parlamento; tan pronto como éstos son elegidos cae en condición de esclavo, no es nada. El uso que hace de su libertad en los cortos momentos que la disfruta es tal, que bien merece perderla.*³⁸⁶

No obstante, el balance todavía empeora si tenemos en cuenta que, en el imperante Estado de partidos, la representación política se encuentra casi perfectamente monopolizada por tales agrupaciones y que éstas, habiendo evolucionado hacia el modelo electoral-profesional (Panebianco) o *catch-all-party* (Kirchheimer), adolecen gravemente de falta de democracia interna³⁸⁷. Los politólogos acostumbran a explicar tal tipo de organización partidaria como una adaptación del tradicional partido de masas a las exigencias competitivas de la lógica electoral en una época fuertemente mediática y que conoce una nueva estructura de clases³⁸⁸, pero no dejan

³⁸⁶ Rousseau 1983, libro III, cap. XV, p. 147.

³⁸⁷ Cf. Martínez Sospedra 1996, 31-33 y 95-104; Kirchheimer 1980, 328-387; Panebianco 1990. “La clasificación de los partidos políticos comúnmente reconocida acostumbra a distinguir, atendiendo a la estructura interna de los mismos, entre los siguiente tipos: A) El partido de cuadros característico del Estado liberal, que, al contar con una ideología poco definida y con una estructura organizativa muy elemental, concedía un amplio margen de autonomía a su grupo parlamentario. B) El partido de masas, que articuló la expresión política del movimiento obrero a partir de la guerra de 1914. Fundándose sobre una firme unidad ideológica, trataba de garantizar la disciplina parlamentaria de los electos mediante la primacía de un aparato de partido fuertemente desarrollado. C) El partido electoral-profesional, que, habiendo comenzado a perfilarse en los años cincuenta, ha acabado por dominar el panorama político contemporáneo” (Martínez Real 1997, 498-499).

³⁸⁸ “Suele trazarse su perfil típico mediante las siguientes características: a) una notable flexibilización ideológica ordenada a la maximización del resultado electoral, con el consiguiente interés por la mercadotecnia política y los problemas de financiación de las campañas electorales que ésta acarrea y que se encuentran en la base de no pocos casos de corrupción; b) la tendencia al predominio de los electos y de los profesionales vinculados a actividades gubernamentales en razón de sus conocimientos técnicos, a costa de la influencia tradicionalmente ejercida por los representantes de la organización; c) el reforzamiento del liderazgo y la inclinación hacia la personalización, posibilitada y acentuada por la mediatización de la comunicación política y su característica política-espectáculo; d) la pérdida de importancia de los afiliados y la progresiva desaparición del interés del partido hacia los mismos a causa de su decreciente utilidad electoral; e) la permeabilidad a las presiones de las organizaciones corporativas y grupos de interés; f) la propensión al clientelismo” (Martínez Real 1997, 499-500).

igualmente de señalar que su aparición y consolidación ha sido un importante factor de desplazamiento de la subjetividad política hacia las dirigencias de los partidos.

*El partido de electores es el instrumento idóneo para la configuración de una democracia elitista en la que las promesas participativas que constituyen el acompañamiento necesario de la vida democrática no tienen otro papel que el de ser defraudadas. El partido «catch-all» reduce drásticamente el espacio destinado a los políticos «amateurs» y a los ciudadanos con un cierto nivel de conciencia política. Y al hacerlo mutila la democracia.*³⁸⁹

Efectivamente, aunque sin por ello reconocer ni en lo más mínimo el carácter normativo que sus creadores pretendieron imprimirle, el modelo elitista competitivo, muy expresivamente denominado por Weber “democracia plebiscitaria” o “democracia cesarista”³⁹⁰ y sobre el que volveremos, posee un alto valor descriptivo de las prácticas democráticas al uso: “El método democrático –escribía Schumpeter– es aquel mecanismo institucional para llegar a decisiones políticas en las que algunas personas adquieren el poder de decidir mediante una lucha competitiva por el voto popular”³⁹¹.

Concluamos, pues, en clave antroponómica, que la democracia representativa resulta profundísimamente insatisfactoria desde el punto de vista del principio de subjetividad: la distribución de derechos políticos a que en ella se procede erige en sujetos políticos a grupos muy minoritarios de personas, cuyas decisiones se aplican con carácter obligatorio al conjunto de los ciudadanos, lo cuales se ven de ese modo reducidos a la condición de objetos. Por ende, el establecimiento de regímenes básicamente representativos en los Estados que pretenden inscribirse en el modelo de Estado constitucional democrático y social contradice su propio fundamento constitucional.

³⁸⁹ Martínez Sospedra 1996, 99-100.

³⁹⁰ Weber 1964, 1.084 y 1.109 respect. “En otros casos... el verdadero sentido de la elección es éste, que lo convierte así en el «señor» investido por sus electores y no en el «servidor» de los mismos. Han adoptado este carácter particularmente las modernas representaciones parlamentarias...” (Weber 1964, 236).

³⁹¹ Schumpeter 1984, 343.

C. La democracia semidirecta o participativa

Hemos de considerar que se trata de un modelo mixto, puesto que sus impulsores pretenden, por un lado, que la ciudadanía conserve el mayor grado posible de ejercicio del poder político, pero son muy conscientes, por el otro, de que los actuales Estados nacionales, a diferencia de las *polis* griegas, son geográficamente extensos, demográficamente populosos y funcionalmente complejos ³⁹², lo que impide que su diseño organizativo pueda excluir el principio de delegación a propósito de determinadas competencias.

[El] gobierno directamente democrático... tiene lugar normalmente en asociaciones que presentan las siguientes características: 1) limitación local, 2) limitación en el número de participantes, 3) poca diferenciación de la posición social de los participantes. Además, presupone, 4) tareas relativamente simples y estables y, a pesar de ello, 5) una no escasa instrucción y práctica en la determinación objetiva de los medios y fines apropiados. ³⁹³

Ahora bien, junto al principio de delegación, en el modelo se establecen una serie de instituciones destinadas a garantizar a los ciudadanos tanto el ejercicio de algunas competencias políticas como el control sobre sus representantes en el uso de aquellas facultades que les han sido confiadas.

³⁹² Cf. Held 1991, 118. Se calcula que hacia el año 360 a.C. la población de Atenas era de unos 250.000 habitantes y el número de ciudadanos 30.000 (cf. Acanda 2006, 79).

³⁹³ Weber 1964, 701. Ya Aristóteles indicó que “se ha demostrado que es difícil, por no decir imposible, organizar bien un ciudad demasiado populosa (...) Aquí la razón se confirma por la experiencia. La ley es el establecimiento de un orden determinado. Buenas leyes producen necesariamente buen orden; pero el orden no es posible en una muchedumbre excesiva; al menos, no alcanzan a establecerle las fuerzas humanas” (Aristóteles 1996, libro IV, cap. IV; p. 129). Igualmente Montesquieu: “Puesto que en un Estado libre, todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo” (Montesquieu 1993, libro XI, cap. VI). El propio Rousseau era consciente de la existencia de ese tipo de problemas para la aplicación rigurosa de un modo de gobierno democrático, es decir, aquel en el que el poder ejecutivo es ejercido por todos los ciudadanos o por una mayoría. “Tomando la palabra en su rigurosa acepción, no existirá jamás verdadera democracia, ni ha existido nunca (...) No se puede imaginar que el pueblo viva constantemente reunido para ocuparse de los negocios públicos (...) Además, ¿no son demasiadas cosas difíciles las que implica reunir este gobierno? (...) un Estado muy pequeño (...) una gran sencillez de costumbres que prevenga o resuelva por anticipado una multitud de negocios y de resoluciones espinosas (...) gran igualdad en los rangos y en las fortunas (...) poco o ningún lujo (...) Añádase a esto que no hay gobierno que esté tan sujeto a las guerras civiles y a las agitaciones intestinas como el democrático o popular. (...) Si hubiera un pueblo de dioses estaría gobernado democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres” (Rousseau 1983, libro III, cap. IV, pp. 110-111).

Entre tales instituciones cabe destacar: a) en materia constitucional: el derecho de iniciativa popular y el referéndum obligatorio; b) en materia de tratados internacionales: el referéndum obligatorio; c) en materia legislativa: el referéndum facultativo; d) otras, tales como, por ejemplo, la revocabilidad de los mandatos o el presupuesto participativo ³⁹⁴.

3.3.2. Los derechos políticos y el principio de subjetividad

A diferencia de lo que sucede con el principio de delegación del ejercicio del poder político, definitorio de la democracia representativa, las instituciones características del modelo de democracia participativa constituyen, a nuestro entender, adecuadas realizaciones del principio de subjetividad y, por ello, resultan completamente básicas en un Estado constitucional democrático y social que aspire a la coherencia.

A. El derecho de iniciativa popular

En efecto, si el poder político reside en el pueblo y, por consiguiente, de él emanan los poderes del Estado, resulta ser obligatorio en orden a la permanencia de esa libertad constituyente que los ciudadanos tengan derecho de iniciativa al menos para la reforma de la Constitución, acto político por excelencia y suprema norma jurídica que organiza el Estado. Afirmar la soberanía popular y, al mismo tiempo, no reconocer a los ciudadanos el derecho de hacerse políticamente presentes en todo momento y con capacidad decisoria incurre en una flagrante contradicción ³⁹⁵.

B. El referéndum

Parece igualmente fundamental la institución del referéndum, que ha de tener un carácter obligatorio para toda reforma de la Constitución, puesto que resultaría absurdo que se predicara la

³⁹⁴ Cf. Malinverni 1987, fasc. XIV, 5-7; González Schmal 2008.

³⁹⁵ “El axioma de Montesquieu, situado en la lógica de los poderes y en la ausencia del pueblo, dio una garantía astuta a la libertad política de los ciudadanos. El axioma de Rousseau, situado en la lógica de la libertad y en la presencia del pueblo, puede dar una garantía autónoma. La síntesis de estas dos garantías es posible (...) La ley de la democracia se funda así en el presupuesto básico de la representación política y en el requisito de la separación de poderes”, pero “lo específico de la democracia... no es el principio representativo, que lo da por supuesto, sino el axioma de Rousseau de que cuando se hace presente el representado cesa la representación” (García Trevijano 1996, 282 y 286).

soberanía de un pueblo cuya Constitución puede ser modificada mediante mera decisión de un poder constituido, es decir, sin el consentimiento del primero.

Una reforma constitucional cónsona con el principio de subjetividad ha de ser diseñada como mediación jurídica de la potencial presencia permanente del poder constituyente: “Lo que la reforma constitucional así entendida proporciona es la continuidad y permanencia de la legitimidad democrática del sistema constitucional, vinculando la Constitución a la vida de los pueblos, que es donde, en definitiva, se presupone que reside real e históricamente el poder constituyente” ³⁹⁶.

Algunos autores, como Dogliani, han propuesto la teoría del agotamiento del poder constituyente en la actual fase de civilización, lo que bien puede entenderse como una versión filosófico-jurídica de la tesis del final de la historia y que, en todo caso, tiene como efecto la limitación de las posibilidades de la reforma constitucional. Tal teoría depende del postulado de un poder constituyente originario, cuya voluntad habría circunscrito las posibilidades de futura modificación de las normas constitucionales por él creadas ³⁹⁷. García-Atance, por ejemplo, critica la admisión de la hipótesis de la revisión constitucional total por parte de algunos ordenamientos como “maniobra atentatoria contra la supremacía del poder constituyente originario” ³⁹⁸.

Ahora bien, tal idea de la existencia de una instancia constituyente primigenia, como mítica que es, se opone a la concepción de la Constitución como “vida que fluye” y, por consiguiente, no admite la necesaria temporalidad e historicidad del derecho constitucional ³⁹⁹. Frente a tal pretensión cabe decir, parafraseando a Jefferson ⁴⁰⁰, que los muertos ya no son titulares de

³⁹⁶ De Vega 2007, 45.

³⁹⁷ Puede verse una muy interesante discusión en Palombella 1999a, 13-32.

³⁹⁸ García-Atance 2002, 77.

³⁹⁹ Cf. Smend 2005, 6; De Vega 2007, 46.

⁴⁰⁰ “En una polémica contra Jefferson publicada en 1788, Noah Webster se burló en extremo de [determinadas] concesiones de último minuto a las constituciones inalterables. Jefferson, al parecer, tomó a pecho el hiriente sarcasmo de Webster. De todos modos, en esta carta de 1789 adoptó una actitud más congruentemente mayoritaria. Como Paine, afirmó «la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos». Años después, repitió el mismo argumento en forma un tanto más brutal: «los muertos no tienen derechos. No son nada» (Holmes 1999, 5).

derechos políticos o, lo que es igual, que sólo el derecho de iniciativa popular y el referéndum obligatorio en materia constitucional aseguran la constancia y la solidez de la legitimidad democrática del sistema constitucional.

El referéndum debería ser también obligatorio para la ratificación de Tratados Internacionales, al menos en todos aquellos casos en que tales instrumentos gocen de jerarquía constitucional y/o procedan a transferir competencias a entidades supranacionales. Parece a todas luces un sinsentido que el bloque de constitucionalidad pueda ser corregido, la independencia comprometida o la soberanía recortada sin la explícita manifestación de la voluntad de quien es el titular de ésta.

En cambio, en materia legislativa sería suficiente, a nuestro juicio, con que el referéndum fuera de tipo facultativo para la iniciativa popular, es decir, con que se reconociera a los ciudadanos el derecho de provocarlo; por ese medio no sólo dispondrían de un instrumento eficaz para vetar las decisiones de los electos, sino también para incidir en la elaboración de la agenda política y participar en la elaboración de las políticas gubernamentales ⁴⁰¹.

C. La revocabilidad de los mandatos y el presupuesto participativo

La revocabilidad de los mandatos electivos, por su parte, garantiza a los ciudadanos la posibilidad de exigir la responsabilidad política a sus representantes.

El presupuesto participativo, finalmente, les habilita para participar en las tomas de decisiones relativas a la implementación de las políticas públicas.

3.3.3. Dos casos particulares

A. La República Dominicana

Los derechos políticos reconocidos por la vigente *Constitución de la República Dominicana* se limitan al sufragio activo y pasivo (art. 13).

⁴⁰¹ Aunque con alcances y modalidades ciertamente diversos, tales instituciones tienen alguna implantación en Italia, Estados Unidos y, especialmente, en Suiza. En lo que tiene que ver con nuestro continente puede verse Taboada 2008; Frank 2008.

El *Anteproyecto de reforma constitucional* actualmente depositado por el Poder Ejecutivo en el Congreso Nacional pretende enmarcarse en el modelo de Estado constitucional democrático y social –“Estado Social y Democrático de Derecho” (art. 6)–, citando como fundamentos del mismo, entre otros, el respeto de la dignidad humana y la soberanía popular. Sin embargo, cuanto venimos diciendo permite entender que ya el propio artículo 6 resulta incoherente, puesto que consagra el principio de representación para el Gobierno de la Nación. De hecho, de entre los derechos políticos característicos de la democracia participativa, únicamente son reconocidos el de ratificación o rechazo de aquellas reformas constitucionales que versen sobre determinadas materias⁴⁰² y el de iniciativa legislativa para la presentación de proyectos de ley ante el Congreso Nacional⁴⁰³.

Valga reseñar que en el artículo 255 del *Anteproyecto de reforma a la Constitución* presentado a la Presidencia de la República por la Comisión de Juristas se había previsto el derecho de iniciativa popular en materia constitucional⁴⁰⁴, desaparecido del *Anteproyecto* definitivo.

B. España

También en el caso español sucede que los derechos políticos resultan fuertemente insuficientes desde el punto de vista del principio de subjetividad con que debe ponderarse el grado de

⁴⁰² “Cuando la reforma verse sobre derechos, deberes y garantías fundamentales, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, y el régimen de la moneda y la banca, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución, una vez votada y aprobada por la Asamblea Revisora, requerirá de la ratificación de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo aprobatorio convocado al efecto por la Junta Central Electoral” (art. 247).

⁴⁰³ “Tienen derecho a iniciativa en la formación de las leyes: 1) Los Senadores o Senadoras y los Diputados o Diputadas. 2) El Presidente de la República. 3) La Suprema Corte de Justicia en asuntos judiciales. 4) La Junta Central Electoral en asuntos electorales” (art. 81). “Se establece la iniciativa legislativa popular mediante la cual un número de ciudadanos no menor del dos por ciento de los inscriptos en el registro de electores, podrá presentar proyectos de ley ante el Congreso Nacional. Una ley especial establecerá el procedimiento para ejercer esta iniciativa” (art. 82; cf. art. 20.3). El art. 20.2 establece que los ciudadanos tiene el derecho de “decidir sobre los asuntos que se les propongan mediante referendo u otra forma de consulta popular”, pero en ningún lugar se determina la obligatoriedad de tales consultas. El artículo 189 determina que “para fortalecer el desarrollo de la democracia local y la gestión municipal, la Ley Orgánica de Administración Local establecerá los ámbitos, requisitos y condiciones de ejercicio de la consulta popular municipal, el referendo local y la iniciativa normativa municipal”.

⁴⁰⁴ “La Constitución podrá ser reformada mediante iniciativa de: 1. Un cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro electoral...” (Comisión de Juristas 2008).

democracia del sistema político de un Estado cuya Constitución dice fundado en la dignidad de la persona (art. 10.1).

En España no está reconocido el derecho de iniciativa popular en materia de reforma constitucional, sino que pertenece únicamente al Congreso, al Senado, al Gobierno y, en un sentido menor, a las Asambleas de las Comunidades Autónomas ⁴⁰⁵.

Peor aún, la celebración del referéndum únicamente es obligatoria si la iniciativa de revisión es total o si afecta a determinadas materias, a saber, los principios generales, los derechos fundamentales y libertades públicas, así como lo relativo a la corona (art. 168). En el caso de que tal iniciativa concierna a las demás materias, el referéndum sólo es convocado cuando así lo pide una décima parte de los miembros de cualquiera de las dos Cámaras (art. 167.3).

El derecho de iniciativa legislativa, por su parte, se encuentra muy restringido. Medio millón de electores pueden someter al Congreso proposiciones de ley, pero quedan excluidas las materias propias de ley orgánica, las tributarias y las de carácter internacional (art. 87.3).

Por lo demás, ni siquiera las decisiones políticas de especial transcendencia se encuentran obligatoriamente sometidas a referéndum, sino que la celebración del mismo depende de la iniciativa del Presidente del Gobierno, previamente autorizado por el Congreso, y tiene, además, un carácter meramente consultivo (art. 92).

3.3.4. Democratizar las democracias representativas

Ni el caso dominicano ni el español constituyen, por desgracia, excepciones, sino que, como ya hemos indicado, la mayor parte de los regímenes democráticos hoy existentes responden básicamente al modelo de democracia representativa y, por consiguiente, ignoran muy ampliamente las instituciones típicas de la democracia participativa.

⁴⁰⁵ “La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87” (*Constitución española*, art. 166). Según su artículo 87: “1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. 2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa”.

Cuando de Estados constitucionales democráticos y sociales se trata, eso implica situarse al margen del principio de subjetividad política y, por vía de consecuencia, de la legitimidad que ellos mismos reclaman en tanto que fundados sobre la antroponomía de la dignidad. Puesto que no es posible ser *ethos* objetivo de la dignidad a base de regímenes democráticos exclusiva o básicamente representativos y que las instituciones características del modelo de democracia participativa constituyen adecuadas objetivaciones del principio de subjetividad, un Estado constitucional democrático y social debe encaminarse hacia la adopción de tales instituciones y sus correspondientes derechos políticos o, en caso contrario, resultará gravemente incoherente.

A. Pilotos y tripulantes

“No está en el orden que el piloto suplique a la tripulación que le permita conducir la nave (...) Lo natural es que el que tiene necesidad de ser gobernado vaya en busca de quien puede gobernar”⁴⁰⁶. Tal crítica dirigida por Platón a la democracia ateniense no ha sido históricamente cancelada, sino que sigue latiendo en el rechazo de las instituciones de la democracia participativa por parte de quienes creen en la suficiencia o, incluso, en la necesidad de la representativa. Así sucede en los argumentos que se refieren sea a la incapacidad de los ciudadanos para discernir adecuadamente sus verdaderos intereses a medio o largo plazo, sea a su incompetencia técnica frente a la complejidad de las actuales cuestiones políticas.

Respecto del primer tipo argumento debe señalarse, por un lado, su inconsistencia con la idea según la cual cada persona es el mejor juez de sus propios intereses, el viejo adagio liberal que, por cierto, sigue siendo sistemáticamente aplicado por neoliberales y neoconservadores en asuntos económicos para la defensa del orden de mercado. Cabe añadir, por otro lado, que la propia lógica del argumento conduciría a la supresión de la universalidad del derecho de voto, es decir, de la propia democracia representativa, en la que los ciudadanos están periódicamente llamados a elegir entre los comprensivos programas electorales presentados por los candidatos concurrentes. Como dice Held, “si partimos de la idea de que el electorado es incapaz de pensar acerca de cuestiones de importancia política, ¿por qué habríamos de creer en el juicio del

⁴⁰⁶ Platón 1979, libro VI, cap. IV; p. 182.

electorado en lo que respecta a la elección de líderes políticos?”⁴⁰⁷. La premisa, ciertamente, abocaría a la platónica solución del rey filósofo o a su versión moderna del déspota ilustrado.

Frente al argumento de la incompetencia técnica del electorado ha de hacerse valer la irreductibilidad de la política a cualquier tipo de racionalidad puramente instrumental, pues la acción política comporta siempre opciones que son axiológicamente significativas y que, por lo mismo, no son susceptibles de deducción a partir de ningún tipo de conocimiento técnico. En ese sentido indicaba Bertrand de Jouvenel: “Existen en el gobierno de los hombres dos categorías de problemas: los susceptibles de una solución única, son los técnicos... Pero también existen algunos problemas que no son susceptibles de esta solución. Son los problemas políticos. ¡La política es el conjunto de problemas que no tiene solución!”⁴⁰⁸. Es fundamental, dicho de otro modo, mantener la vida política al margen de ensoñaciones tecnocráticas. Sobre una ciudadanía responsable pesa, por supuesto, el deber de mantenerse informada, resultando preciosa a ese respecto la ayuda de los especialistas en las diversas materias en cada caso concernidas, pero disfruta asimismo del derecho de efectuar sus propias opciones, aún a riesgo de equivocarse, pues ¿qué otra cosa podría significar políticamente la mayoría de edad?

B. Instituciones y cultura política

Precisamente por eso, porque los ciudadanos son sujetos, ninguna ingeniería jurídica e institucional logrará que el correcto funcionamiento de las instituciones políticas participativas pueda prescindir de una cultura política democrática que integre virtudes cívicas como el pluralismo, la tolerancia, el talante crítico, el sentido de la corresponsabilidad, el afán por el bien común, el respeto de las normas, etcétera. Como escribía Rousseau,

⁴⁰⁷ Held 1991, 196; cf. 218.

⁴⁰⁸ Citado por Ferrando 1973, 91. “¿Queremos conservar un bosque de secoyas, o procurar una industria lucrativa a una comunidad local? ¿Aceptaremos el ruido en aumento de los aviones en las localidades próximas a los aeropuertos, o forzaremos la reducción de la carga y del peso máximo del equipaje, con el consecuente aumento de los costes para la industria y el pasajero? ¿Atravesará una carretera general por las zonas antiguas de una localidad, o se plantea su trazado en torno al sector con mayor coste para todos? Estos dilemas, y otros miles de ellos, no pueden resolverse sobre la base de criterios técnicos; implican necesariamente elecciones políticas y valores” (Bell 1976, 418). Cf. Martínez Real 1997, 492-494.

a estas tres clases de leyes [las políticas, civiles y penales] hay que agregar una cuarta, la más importante de todas, que no se graba ni en mármol ni en bronce, sino en el corazón de los ciudadanos, y que es la que forma la verdadera constitución del Estado, y que, adquiriendo todos los días nuevas fuerzas, reanima o reemplaza a las leyes que envejecen o decaen; que conserva en el pueblo el espíritu de su institución y sustituye insensiblemente la fuerza de la costumbre a la de la autoridad.

*Hablo de los usos, de las costumbres y, sobre todo, de la opinión, parte desconocida por nuestros políticos, pero de la cual depende el éxito de todas las demás leyes; parte de la cual se ocupa en secreto el legislador mientras parece limitarse a confeccionar reglamentos particulares, que no son más que el arco de ese edificio, cuya imperturbable clave la construyen lentamente las costumbres.*⁴⁰⁹

No es menos cierto que, del mismo modo que las instituciones cristalizan y vehiculan determinados valores, también éstos son posibilitados, favorecidos y hasta suscitados por aquéllas. En ese sentido afirmaba Montesquieu que “las costumbres de un pueblo esclavo son parte de su esclavitud; las de un pueblo libre son parte de su libertad”⁴¹⁰. El concepto de afinidad electiva no afirma un flujo unidireccional, sino un proceso de convergencia y mutuo reforzamiento entre formas culturales, en nuestro caso los valores morales y las instituciones políticas.

3.4. El profundo calado antropológico del debate

Hemos tratado de mostrar la convergencia o parentesco existente entre la moderna concepción ontológica de la dignidad y la democracia participativa. A continuación nos proponemos

⁴⁰⁹ Rousseau 1983, libro II, cap. XII, pp. 93-94. Kant, en cambio, consideraba que su constitución republicana era adecuada incluso para un “pueblo de demonios”, estando dotada de un automatismo que recuerda el de la “mano invisible” de Smith: “La constitución republicana es la única perfectamente adecuada al derecho de los hombres; pero es muy difícil de establecer, y más aún de conservar, hasta el punto de que muchos afirman que la república es un Estado de ángeles... Pero la Naturaleza viene en ayuda de la voluntad general... [para] aprovechar esas tendencias egoístas; de suerte que sólo de una buena organización del Estado dependerá –y ello está siempre en la mano del hombre– el que las fuerzas de esas tendencias malas choquen encontradas y contengan o detengan mutuamente sus destructores efectos. El resultado, para la razón, es el mismo que si esas tendencias no existiera, y el hombre, aun siendo moralmente malo, queda obligado a ser un buen ciudadano. El problema del establecimiento de un Estado tiene siempre solución, por muy extraño que parezca, aun cuando se trate de un pueblo de demonios; basta con que éstos posean entendimiento” (Kant 2007d, 14-15).

⁴¹⁰ Montesquieu 1993, libro XIX, cap. XXVII.

adentrarnos en las implicaciones antropológicas presentes en el debate entre representacionismo y participacionismo.

3.4.1. El representacionismo o la política del *homo oeconomicus*

Los argumentos avanzados por algunos de los primeros defensores del liberalismo político en favor de la democracia representativa nos permiten percatarnos inmediatamente del trasfondo antropológico sobre el que opera el debate acerca de los modelos de democracia al que estamos haciendo referencia.

A. Constant y la libertad de los modernos

Ya sabemos que son dos las vertientes del principio kantiano de libertad de los miembros de la sociedad, a saber, en cuanto hombres y en cuanto ciudadanos. En su famosa conferencia de 1819 en el Ateneo de París, Constant denominó a la primera “libertad de los modernos” y a la segunda “libertad de los antiguos”. Decía a su auditorio:

Nosotros ya no podemos disfrutar de la libertad de los antiguos, que consistía en la participación activa y constante en el poder colectivo. Nuestra libertad debe consistir en el disfrute apacible de la independencia privada. En la Antigüedad, la parte que cada cual tenía en la soberanía nacional no era, como en nuestros días, un supuesto abstracto. La voluntad de cada uno tenía una influencia real; el ejercicio de esta voluntad era un placer vivo y repetido. En consecuencia, los antiguos estaban dispuestos a hacer muchos sacrificios para la conservación de sus derechos políticos y de su parte en la administración del Estado. Cada cual sentía con orgullo todo el valor de su sufragio y en esa conciencia de su importancia personal encontraba sobrada compensación.

Tal compensación no existe ya para nosotros. Perdido en la multitud, el individuo casi nunca percibe la influencia que ejerce. Su voluntad nunca deja huella en el conjunto, nada hay que le haga ver su colaboración. El ejercicio de los derechos políticos no nos ofrece, pues, sino una parte de las satisfacciones que encontraban en ello los antiguos, y, al mismo tiempo, el progreso de la civilización, la tendencia comercial de la época, la comunicación de los pueblos entre sí, han multiplicado y diversificado hasta el infinito los medios de felicidad particular.

La consecuencia de todo ello es que nosotros debemos sentirnos más apegados que los antiguos a nuestra independencia individual; porque los antiguos, cuando sacrificaban esta independencia a los derechos políticos, sacrificaban menos para obtener más; mientras que nosotros, haciendo el mismo sacrificio, daríamos más para obtener menos.

*El objetivo de los antiguos era el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria; es a eso a lo que llamaban libertad. El objetivo de los modernos es la seguridad en los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a tales disfrutes.*⁴¹¹

No es en absoluto claro que los antiguos griegos hubieran de aceptar en tan gran medida el sacrificio de su independencia individual como precio de sus derechos políticos. A la vista de algún texto de la época, lo menos que puede decirse es que se trata de una exageración ideológicamente interesada de parte de Constant. Así, en *La guerra del Peloponeso* Tucídides recreó el *Discurso fúnebre* pronunciado por Pericles en el año 431 a.C. en los siguientes términos:

*Tenemos por norma respetar la libertad, tanto en los asuntos públicos como en las rivalidades diarias de unos con otros, sin enojarnos con nuestro vecino cuando él actúa espontáneamente, ni exteriorizar nuestra molestia, pues ésta, aunque inocua, es ingrata de presenciar. Si bien en los asuntos privados somos indulgentes, en los públicos, en cambio, ante todo por un respetuoso temor...*⁴¹²

De hecho, el no menos liberal Berlin, que operó en base a la distinción entre “libertad negativa” y “positiva”⁴¹³, respectivamente equiparables a la libertad de los modernos y a la de los antiguos, introdujo una aguda precisión al comentar el *Discurso* de Pericles:

⁴¹¹ Constant 1997, 602-603. “Entre los antiguos, el individuo, soberano casi habitualmente en los asuntos públicos, es esclavo en sus relaciones privadas” (Constant 1997, 595).

⁴¹² Pericles 2008, III. “El discurso no es, por cierto, transcripción fiel de lo efectivamente dicho por el político y orador ateniense, sino la verosímil recreación de su contemporáneo, el historiador Tucídides... También es claro, por otra parte, que en esta pieza no hay una cabal exactitud histórica en la descripción de Atenas, cuya realidad aparece idealizada” (Arbea 2008, 1). Tucídides también refiere la arenga de Nicias a sus tropas antes de la batalla de Siracusa del año 413 a.C.: “Les recordaba, además, su patria, el país más libre del mundo, y la independencia absoluta de cada uno en su vida privada” (citado por Marina, y De La Válgoma 2000, 99).

⁴¹³ La libertad positiva “consiste en ser dueño de sí mismo”. “Normalmente se dice que soy libre [en sentido negativo] en la medida en que ningún hombre ni grupo de hombres interfiere en mi libertad” (Berlin 1988, 220 y 232 respect.). La primera responde a la cuestión “quién manda” y la segunda a la cuestión “en qué ámbito mando yo” (cf. Berlin 1988, 50). “La libertad que consiste en ser dueño de sí mismo y la libertad que consiste en que otros hombres no me impidan decidir como quiera, pueden parecer a primera vista conceptos que lógicamente no distan mucho uno del otro y que no son más que las formas negativa y positiva de decir la misma cosa. Sin embargo, las ideas «positiva» y «negativa» de libertad se desarrollaron históricamente en direcciones divergentes, no siempre por pasos lógicamente aceptables, hasta que al final entraron en conflicto directo la una con la otra” (Berlin 1988, 232).

*A mi me parece que en esa etapa no había surgido aún con claridad la cuestión de la libertad individual; es decir, la cuestión de que no deba permitirse normalmente a la autoridad pública, sea laica o eclesiástica, que traspase unos determinados límites (...) Yo no digo que en realidad los antiguos griegos no disfrutasen en gran medida de lo que hoy debemos llamar la libertad individual. Lo único que sostengo es que esta idea aún no había surgido explícitamente y que, por tanto, no era fundamental para la cultura griega, ni quizá tampoco para ninguna otra civilización antigua que nosotros conociéramos.*⁴¹⁴

Lo que aquí nos interesa, en todo caso, es comprobar cómo para Constant el retiro del individuo a su vida privada y la concentración sobre sus propios intereses tienen como exigencia una democracia representativa. La referida conferencia, en efecto, pretende conducir a su auditorio hasta la siguiente conclusión:

Como la libertad que necesitamos es diferente de la de los antiguos, es necesario que esta libertad tenga una organización diferente de la que podría convenir a la libertad antigua. En ésta el hombre se creía libre en la medida en que consagraba su tiempo y sus fuerzas al ejercicio de sus derechos políticos; en el tipo de libertad de que nosotros somos susceptibles, la libertad nos será preciosa en tanto en cuanto el ejercicio de nuestros derechos políticos nos deje tiempo para nuestros intereses privados.

*De ahí procede, señores, la necesidad del sistema representativo. El sistema representativo no es sino una organización gracias a la cual una nación descarga sobre algunos individuos lo que no puede o no quiere hacer ella misma.*⁴¹⁵

Estamos, como se ve, en presencia de un esquema de separación entre Estado y sociedad civil o entre vida ciudadana y vida privada⁴¹⁶, en el que el individuo moderno se despolitiza al replegarse sobre esta segunda y la débil intercomunicación de ambas queda mediada por la representación política. Se trata de una reducción, dicho en términos de Kant, del “ciudadano” a

⁴¹⁴ Berlin 1988, 48.

⁴¹⁵ Constant 1997, 615. También en sus consideraciones sobre *El espíritu de conquista y la usurpación* escribió: “En los Estados modernos las cosas son muy diferentes: su extensión, mucho más amplia que las de las antiguas repúblicas, hace que la masa de sus habitantes, sea cual fuere la forma de gobierno que adopten, no tengan en absoluto parte activa en ese gobierno. En el mejor de los casos, no están llamados al ejercicio de la soberanía sino por la representación, es decir, de una manera ficticia” (Constant 1997, 208).

⁴¹⁶ Aquella “situación constitucional de partida” estaba caracterizada por “una separación entre Estado y sociedad (...) Conforme a este modelo liberal de la sociedad, la Constitución tenía antaño la finalidad de establecer una separación entre la esfera que representaba una sociedad centrada en la economía, ajena al Estado, en la que los individuos buscaban su felicidad y perseguían sus intereses en términos de economía privada, y la esfera estatal de la persecución del bien común” (Habermas 1998, 318).

la condición de elector-elegible y de un correlativo agrandamiento del “hombre”, en el que éste, aprovechando entre otras cosas “la tendencia comercial de la época”, se concentra intensamente en la prosecución de su “felicidad particular”.

Para ser felices los hombres no necesitan sino ser dejados en una independencia perfecta en todo lo que guarda relación con sus ocupaciones, sus empresas, su esfera de actividad, sus fantasías (...)

*El comercio inspira a los hombres un vivo amor por la independencia individual. El comercio atiende a sus necesidades, satisface sus deseos sin la intervención de la autoridad. Esta intervención es siempre una molestia y un estorbo. Cada vez que el poder colectivo quiere mezclarse en las especulaciones particulares veja a los especuladores. Cada vez que el gobierno pretende resolver nuestros asuntos lo hace peor y más dispendiosamente que nosotros.*⁴¹⁷

El mercado, elemento constitutivo de la sociedad civil, estaría, pues, en condiciones de ofrecer cobertura a las necesidades y deseos que las personas necesitan satisfacer para poder considerarse felices, a condición de que el Estado les asegure que pueden “disponer de su propiedad e incluso abusar de ella”⁴¹⁸, es decir, que garantice el derecho de propiedad privada y la más completa imprescriptibilidad que le atribuye el liberalismo económico.

⁴¹⁷ Constant 1997, pp. 208-209 y 600 respect. El paradigma liberal del derecho “depende todo él de los presupuestos de la economía política clásica relativos a teoría de la sociedad” (Habermas 1998, 323).

⁴¹⁸ Constant 1997, 593. La visión económica de Constant se encuentra emparentada con la de la suficiencia social de una economía del propio interés que suele expresarse mediante la metáfora de la “mano invisible” acuñada por Smith y que pasará a ser el núcleo duro del liberalismo económico como tesis de los efectos sociales involuntarios. Ya en *Teoría de los sentimientos morales* (1759) escribía Smith a propósito de los terratenientes: “Una mano invisible los conduce a realizar casi la misma distribución de las cosas necesarias para la vida que habría tenido lugar si la tierra hubiese sido dividida en proporciones iguales entre todos sus habitantes, y así sin pretenderlo, sin saberlo, promueven el interés de la sociedad y aportan medios para la multiplicación de la especie” (Smith 1997, 333). En *La riqueza de las naciones* (1776), extendió la idea a toda la actividad económica del individuo: “...al orientar esa actividad de manera de producir un valor máximo él busca sólo su propio beneficio, pero en este caso como en otros una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos” (Smith 1994, 554). Sin embargo, ya en su opúsculo *El panal rumoroso* (1705) Mandeville había anticipado la idea al escribir: “Cada parte estaba llena de vicios, pero todo el conjunto era un Paraíso (...) Aún el peor de la multitud hacía algo por el bien común”. Más tarde alegó frente a sus críticos: “Todo lo que puedo decir en mi favor es que en el encadenamiento de los hechos existe un misterio al que no alcanza la inteligencia humana” (Mandeville 1982, 14-21 y 153 respect.).

El discurso representacionista de Constant vehicula de forma suficientemente clara no sólo una concepción individualista de la persona humana, sino también una antropología del *homo oeconomicus*, cuyo perfil, no obstante, será aún más explícito en el modelo de democracia elitista competitiva.

B. Los teóricos de la democracia protectora y el propietario varón

Lo dicho a propósito de Constant permite caracterizar en sus ejes principales los planteamientos que encontramos en los teóricos de la que Held denomina “democracia protectora”, entre los que cuenta a Locke, Montesquieu, Madison, Bentham y James Mill.

*Cuestionando los poderes de las «monarquías despóticas» y sus pretensiones de «sanción divina», el liberalismo pretendió restringir los poderes del estado y definir una esfera privada especial, independiente de la acción del estado. En el centro de este proyecto estaba el objetivo de liberar a la sociedad civil (la vida personal, familiar y económica) de la interferencia política y de delimitar simultáneamente la autoridad del estado. Si bien las distintas variantes del liberalismo interpretaron este objetivo de forma diversa, todas coincidían en la defensa de un estado constitucional, de la propiedad privada y de la economía de mercado competitiva como mecanismos centrales para coordinar los intereses de los individuos..., [aunque] el foco de atención era el individuo propietario varón.*⁴¹⁹

La clave antropológica de los utilitaristas Bentham y James Mill no era otra que la consideración según la cual los seres humanos actuamos con la finalidad de satisfacer el deseo y de evitar el dolor⁴²⁰. Con tal perspectiva, la teoría de la democracia protectora adquirió su más clara

⁴¹⁹ Held 1991, 58-59; cf. 90.

⁴²⁰ La ética utilitarista se da como criterio la maximización del bienestar de la colectividad, definido como la suma del bienestar de los individuos que la componen. Bentham, fundador del utilitarismo, pensaba que “lo que es conforme a la utilidad o al interés del individuo es lo que tiende a aumentar la suma total de su bienestar. Lo que es conforme a la utilidad o al interés de una comunidad es lo que tiende a aumentar la suma total del bienestar de los individuos que la componen (...) La lógica de la utilidad consiste en partir del cálculo o de la comparación de las penas y de los placeres en todas las operaciones del juicio y en no hacer entrar en él ninguna otra idea (...) Para el partidario del principio de la utilidad, la virtud no es un bien sino a causa de los placeres que de ella se derivan; el vicio no es un mal sino a causa de las penas que le siguen” (Bentham 1888, cap. I). Bentham pretendió garantizar la armonía del bienestar colectivo con los individuales no sólo porque la suma de éstos constituye aquél, sino también a través de la doctrina liberal de los efectos sociales involuntarios: “La sociedad está constituida de tal modo que cuando trabajamos para nuestra felicidad particular estamos trabajando para la felicidad general” (Bentham 1888, cap. X).

explicación: se trataba de asociar la democracia liberal con un aparato político que asegurase la responsabilidad de los gobernantes ante los gobernados ⁴²¹: “Bentham, Mill y los utilitaristas en general proporcionaron una de las justificaciones más claras del estado democrático liberal, que garantiza las condiciones necesarias para que los individuos persigan sus intereses sin el riesgo de interferencias políticas arbitrarias, para que participen libremente en las transacciones económicas, intercambien trabajo y bienes en el mercado y para que se apropien de los recursos de forma privada” ⁴²².

John Stuart Mill, por su parte, es presentado por Held como representante de la “democracia desarrollista” ⁴²³, pero también él argumentó que el *laissez-faire* y el gobierno representativo –a causa de la inviabilidad de la organización política griega en la sociedad moderna– eran condiciones necesarias de una “prosperidad sobresaliente” y de una “comunidad libre”. Más aún, aunque propugnaba el sufragio universal, confiaba poco en el juicio del electorado, por lo que aconsejaba, a modo de mecanismo educativo transitorio, un complejo sistema de voto plural que impidiera a los trabajadores someter la política a la “ignorancia” ⁴²⁴.

C. Schumpeter y el mercado político

Schumpeter publicó *Capitalismo, socialismo y democracia* en 1942, un momento en el que el sufragio universal, al menos el masculino, era una realidad en los regímenes democráticos. El

⁴²¹ “Una democracia... tiene por característica, objeto y efecto... preservar a sus miembros de la opresión y la depredación de manos de aquellos funcionarios que emplea para su defensa” (Bentham, Jeremy. *Constitucional Code*, citado por Held 1991, 88).

⁴²² Held 1991, 88.

⁴²³ Puesto que entiende la participación política como un factor de desarrollo personal (cf. Held 1991, 110). “Si tomamos en serio el principio de libertad de Mill, es decir, si exploramos aquellos casos en los que estaría justificado intervenir políticamente para evitar el perjuicio a otros, tendremos, al menos, un argumento a favor de la concepción «socialdemócrata» de la política en sentido estricto (...) Mill... argumentó no sólo que debían existir muchas excepciones a la doctrina económica del *laissez-faire*, sino también que todos los trabajadores debían experimentar los efectos educativos de la propiedad y el control de los medios de producción (...) Tomadas en su conjunto, estas posturas pueden ser entendidas como una de las primeras afirmaciones de la idea de un estado de bienestar intervencionista y de una economía mixta” (Held 1991, 131).

⁴²⁴ Cf. Held 1991, 114-119.

escepticismo que dispensó a la participación popular recuerda poderosamente al individuo de Constant replegado sobre su vida privada y tremendamente desinteresado de la política.

*Normalmente, las grandes cuestiones políticas comparten su lugar, en la economía espiritual del ciudadano típico, con aquellos intereses de las horas de asueto que no han alcanzado el rango de aficiones y con los temas de conversaciones irresponsables. Estas cosas parecen aquí fuera de lugar (...) El ciudadano es miembro de una comisión incapaz de funcionar: la comisión constituida por toda la nación, y por ello es por lo que invierte menos esfuerzo disciplinado en dominar un problema político que en resolver una partida de «bridge».*⁴²⁵

De ahí que, como más arriba hemos indicado, la tradicional democracia representativa fuera para Schumpeter tan sólo un método de selección de élites políticas en un escenario competitivo, a cuya estructura y funcionamiento, por otra parte, consideraba perfectamente correcto aplicar los esquemas de análisis propios de la teoría económica del mercado: partidos y votantes eran vistos como agentes de un mercado político que operan tal y como lo hacen las empresas y los consumidores, respectivamente, en el mercado económico, es decir, maximizando su utilidad en condiciones de libre concurrencia⁴²⁶.

En atención a las importantes novedades aportadas por la diversidad de las agrupaciones intermedias al elitismo competitivo, Dahl prefirió presentar la contemporánea democracia representativa como “poliarquía”⁴²⁷. Su visión antropológica, por lo demás, era de corte típicamente liberal:

A pesar de que el hombre sea un animal social, no es necesariamente ni por instinto ni por educación «un animal político», al menos no en el mismo sentido (...) El hombre no es por instinto un ser racional, que razone con sentido cívico. Muchos de sus deseos más imperiosos y

⁴²⁵ Schumpeter 1984, 334.

⁴²⁶ En este modelo del elitismo competitivo, la participación política no constituye ningún valor, sino que “la democracia es sencillamente un mecanismo de mercado: los votantes son los consumidores; los políticos son los empresarios” (Macpherson 1982, 104; cf. 105). Posteriores desarrollos de tal tipo de análisis son los efectuados por Downs en su *Teoría económica de la democracia* y por Buchanan y su Escuela de Virginia en la *Teoría de la elección pública*.

⁴²⁷ Cf. Dahl 1989. Se trata de una “comprensión instrumentalista de la política”, que “puede conectar con el modelo normativo liberal mediante una simple sustitución: pues lo que la teoría del pluralismo hace es sustituir a los ciudadanos particulares y a sus intereses individuales por asociaciones y por intereses organizados” (Habermas 1998, 409-410).

la fuente de muchos de sus gustos más poderosos pueden atribuirse a viejas persistentes tendencias, necesidades y deseos biológicos y fisiológicos. La vida política organizada llegó tarde en la evolución del hombre. ⁴²⁸

Sartori ha ofrecido una definición de la democracia que asume el concepto acuñado por Dahl, pero de un modo meramente descriptivo: “el procedimiento y/o el mecanismo que a) genera una poliarquía abierta cuya competición en el mercado electoral b) atribuye poder al pueblo, y c) impone específicamente la capacidad de respuesta de los elegidos frente a los electores” ⁴²⁹. Hemos especificado que la definición de Sartori es descriptiva para diferenciarla tanto del elitismo competitivo de Schumpeter como de la poliarquía de Dahl, teorías en las que, aunque pretendidamente realistas y de alcance supuestamente sólo descriptivo, no se distinguió adecuadamente entre el plano estrictamente analítico y las posiciones normativas de sus autores, lo que les hizo incurrir en una modalidad de la falacia naturalista, la consistente en conceder valor axiológico a los regímenes democráticos vigentes.

D. El *homo oeconomicus* y las ratas

Hemos, pues, de concluir que la democracia representativa objetiva una antropología del *homo oeconomicus*. Es la visión instrumental de la vida política que conviene a un individuo cuya felicidad se cantona en la dimensión individual de la vida humana y depende básicamente de la consecución de sus intereses particulares en una sociedad civil vertebrada por el mercado y débilmente comunicada con el Estado a través de un mandato representativo sometido a cálculos de utilidad ⁴³⁰.

Fueron los economistas neoclásicos del último tercio del siglo XIX quienes dieron en llamar *homo oeconomicus* a los supuestos psicológicos o a la antropología subyacente a su teoría económica. La hipótesis que conforma tal antropología postula que las decisiones individuales tienen lugar en función de una racionalidad que consiste en la búsqueda de la máxima utilidad

⁴²⁸ Dahl, Robert Alan. *Modern Political Analysis*, citado por Cortina 1993, 94-95.

⁴²⁹ Sartori 1992, 48.

⁴³⁰ “El sistema representativo tiene... su justificación en una concepción del hombre como *homo oeconomicus*, defensor de sus derechos subjetivos, como también de sus intereses privados, lo cual da lugar a un irrenunciable marco legal, de suerte que una democracia política no puede consistir sino en un contrato, en un pacto de intereses privados” (Cortina 1993, 96).

propia a través de una gestión eficiente de recursos escasos que tienen usos alternativos. Así lo reconoce abiertamente el neoliberal Stigler: “Nosotros tratamos con gente que maximiza su utilidad y sería inconsistente y ocioso recomendar a la gente que no lo hiciera (...) Creemos que el hombre es un animal maximizador de utilidad –aparentemente también lo son las palomas y las ratas– y hasta el presente no hemos encontrado información para descubrir una parte de su vida en la que invoque unos objetivos diferentes de comportamiento”⁴³¹, lo que incluye, por supuesto, la actividad política.

Valga añadir que en el modelo del *homo oeconomicus* la utilidad es entendida en el sentido de Bentham, es decir, como el cálculo comparativo de las penas y de los placeres, lo que viene finalmente a traducirse en una medición del grado de bienestar material o económico obtenido por el propio individuo mediante la adopción de una determinada acción o de un determinado comportamiento⁴³².

3.4.2. El participacionismo y el *homo politicus*

A diferencia de lo que sucede en el caso de las defensas de la democracia representativa, las propuestas participacionistas, como se ilustra en los casos que pretendemos brevemente evocar a continuación, suelen estar enraizadas en una concepción de la persona marcadamente atenta a la dimensión social y, específicamente, política que se halla presente en su vida.

A. La tradición republicana

Comencemos por destacar que uno de los elementos distintivos de la tradición republicana respecto de la liberal se encuentra precisamente en el eje antropológico.

⁴³¹ Stigler 1987, 14 y 46 respect.

⁴³² Es frecuente que autores favorables a una economía de mercado invoquen la doctrina del interés personal bien entendido para hacer frente a acusaciones de apología del egoísmo. Según esa doctrina, el concepto de racionalidad no implica una reducción de las motivaciones de los agentes económicos a un egoísmo estrecho, sino que entender correctamente el interés personal implicaría reconocer que tales motivaciones pueden ser también altruistas. En ese sentido escribía, por ejemplo, Novak: “Bajo el concepto de interés personal hay que colocar el interés por las causas religiosas y morales, las causas artísticas y científicas, la causa de la justicia y la de la paz” (Novak 1987, 106.). Lo cierto es que la concepción de la racionalidad habitual en la teoría económica presupone comportamientos básicamente motivados por intereses egoístas y cuyo contenido guarda relación con el bienestar material (cf. Martínez Real 1998, 483-490).

*El liberalismo, contrastado con los republicanismos, se nos aparece como algo abstracto. Y ello se atribuye al hecho de que los teóricos del liberalismo, como Locke por ejemplo, nos proponen un ser humano presocial, que se rige por leyes naturales, y que no tiene arraigo en ninguna sociedad histórica y concreta. En cambio, la teoría republicana apela a un ser humano inserto en una sociedad histórica, enraizado en una comunidad concreta, partícipe de las ideas y valores colectivos.*⁴³³

Esto permite entender que, mientras que en la concepción liberal el proceso democrático tiene como objetivo la programación del Estado en función de las relaciones mercantiles constitutivas de la sociedad, en el republicanismo “la «política» se entiende como forma de reflexión de un contexto de vida ético, como el medio en el que los miembros de comunidades solidarias más o menos cuasinaturales se percatan de su mutua dependencia y, como ciudadanos, desarrollan y configuran con voluntad y conciencia las relaciones de reconocimiento recíproco, con las que se encuentran, convirtiéndolas en la asociación de miembros libres e iguales en que consiste la comunidad jurídica”⁴³⁴.

Ahora bien, no es en absoluto necesario incurrir en el holismo aristotélico, como muy probablemente sucede en las versiones más fuertes del comunitarismo⁴³⁵, para poder sostener con el filósofo griego que “si se hallase un hombre que no pudiese vivir en sociedad o que

⁴³³ Godoy 2005, 254. Mientras que para el liberalismo “la libertad del ciudadano consiste... en dedicarse a sus propios asuntos bajo la protección de la ley..., en el lenguaje republicano se insiste en la libertad en el sentido de participación en el gobierno del Estado, ligada a una concepción del hombre como animal político que sólo realiza su naturaleza a través de sus actividades en el dominio público” (Mouffe 1988).

⁴³⁴ Habermas 1998, 342. “Según la concepción republicana, el *status* de los ciudadanos no se determina conforma al patrón de unas libertades negativas de las que éstos pueden hacer uso *en tanto que* personas privadas. Antes los derechos ciudadanos, sobre todo los derechos de participación política y de comunicación, son libertades positivas. Garantizan, no la libertad respecto de coacciones externas, sino la posibilidad de participación en una praxis común, cuyo ejercicio es lo que permite a los ciudadanos convertirse en aquellos que quieren ser, autores políticamente autónomos de una comunidad de libres e iguales” (Habermas 1998, 343-344). Sobre “la política deliberativa” de Habermas como confluencia entre la concepción liberal y la republicana, cf. Habermas 1998, 372-379.

⁴³⁵ Nos referimos a aquellas en las que se pierde de vista, al menos en alguna medida, que “el grupo social no es ontológica, sociológica ni éticamente más importante que el sujeto autónomo” (Cortina 1993, 101; cf. 94).

pretendiese no necesitar cuidado alguno, no sería propiamente un hombre, sería una fiera salvaje o un dios”⁴³⁶.

Digamos, en otros términos, que concepciones antropológicas equilibradas, como la que hemos identificado en el personalismo comunitario, permiten sostener que las relaciones políticas son constitutivas de lo humano y que, por lo mismo, la participación política es consubstancial al desarrollo de las personas, sin por ello oscilar hasta el extremo antropológico colectivista y renunciar así al moderno principio de subjetividad.

Sabemos, de hecho, que en el ideal democrático de Mounier se aspira simultáneamente al libre desarrollo de cada persona y a la búsqueda del “máximo de responsabilidad” posible de la misma en su correspondiente comunidad política.⁴³⁷

B. Macpherson y el desarrollo conjunto

Macpherson es uno de los principales teóricos de la democracia participativa, que entiende como una combinación de instituciones de la democracia directa y de la representativa⁴³⁸. Sus propuestas se rigen por el principio de “la igualdad de derecho de todos los hombres y de todas

⁴³⁶ Aristóteles 1996, libro I, cap. 1; p. 30. “Hay quienes argumentan que el republicanismo concibe a la comunidad política como un todo superior y anterior a los individuos que la componen, y que el liberalismo, por su parte, sustenta lo contrario, a saber, que los individuos son anteriores y superiores a la comunidad. De esta diferencia infieren que el republicanismo es holista y comunitarista y el liberalismo, individualista” (Godoy 2005, 254-255).

⁴³⁷ Cf. Mounier 1961b, 123. O también: “La índole social del hombre demuestra que el desarrollo de la persona humana y el crecimiento de la propia sociedad están mutuamente condicionados. Porque el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana, la cual, por su propia naturaleza, tiene absoluta necesidad de la vida social. La vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental (...) De los vínculos sociales que son necesarios para el cultivo del hombre, unos, como la familia y la comunidad política, responden más inmediatamente a su naturaleza profunda; otros proceden más bien de su libre voluntad” (Concilio Vaticano II 1999, n. 25).

⁴³⁸ “Una de las cosas que se deben estudiar es si la democracia liberal en un Estado nacional puede evolucionar hacia una mezcla de democracia directa e indirecta; es decir, si puede evolucionar en el sentido de una mayor participación, que puede exigir mecanismos distintos del habitual sistema de partidos” (Macpherson 1982, 18).

las mujeres al pleno desarrollo y uso de sus capacidades”⁴³⁹. Es consciente, sin embargo, de que tal desarrollo tiene como primer requisito

*que se rebajen o abandonen los supuestos de mercado acerca del carácter del hombre y la sociedad, que se abandone la imagen del hombre como consumidor maximizador. [Que] la gente pase de verse a sí misma y de actuar como esencialmente consumidores, a verse y actuar como personas que ejercitan sus propias capacidades y gozan con el ejercicio y el desarrollo de éstas. Este requisito no se aplica sólo a la aparición, sino también al funcionamiento de la democracia participativa. Pues esta última imagen de uno mismo aporta consigo un sentimiento de comunidad que la primera no comporta. Un individuo puede adquirir y consumir para uno mismo, para la propia satisfacción o para indicar superioridad respecto de otros, lo cual no requiere ni fomenta un sentimiento de comunidad, mientras que el disfrute y el desarrollo de las propias capacidades se ha de desarrollar, en su mayor parte, conjuntamente con otros, en una relación de comunidad de algún tipo. Y no cabe duda de que el funcionamiento de una democracia participativa requeriría un sentimiento de comunidad más fuerte que el actual.*⁴⁴⁰

En Macpherson encontramos, pues, un planteamiento que, sin desdecir en absoluto del derecho al desarrollo personal que se sigue de la idea de dignidad, entiende que, en razón del carácter social del ser humano, tal desarrollo es imposible al margen del tejido relacional, lo que se traduce por una exigencia de participación amplia de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas.

C. Etzioni y la democracia en sentido amplio

Etzioni se encuentra entre los autores que componen el panorama del comunitarismo de corte más político que social⁴⁴¹, respetuoso de los derechos individuales y de las minorías⁴⁴², y que ha venido a alinearse con la tradición de la democracia participativa.

⁴³⁹ Macpherson 1982, 147.

⁴⁴⁰ Macpherson 1982, 148 y 129 respect.

⁴⁴¹ La otra gran versión es más social y “enfatisa la necesidad de una revitalización moral de las sociedades modernas a través de una redefinición colectiva de la familia, la religión o la localidad, así como de una nueva sociabilidad, que integre tolerancia y solidaridad, diversidad y proyecto común” (Béjar 1998, 135).

⁴⁴² “La Constitución... es la materialización... de las medidas que sirven para asegurar los derechos individuales y de las minorías y para mantener una sociedad cívica”. “La tarea comunitaria, tal como yo la veo, estriba en buscar la manera de combinar elementos de tradición (un orden basado en las virtudes) con elementos de modernidad (una autonomía bien protegida). Esto, a su vez, implica hallar un equilibrio entre los derechos individuales universales y el bien común (que demasiado a menudo se ven como conceptos incompatibles), entre el yo y la comunidad, y, sobre todo, la manera de lograr y sostener ese equilibrio” (Etzioni 1999, 236 y 17-18 respect.).

Considera que existe una “estrecha conexión entre la forma democrática de gobierno y las virtudes nucleares comunitarias”⁴⁴³. Ahora bien, al tiempo que admite que “los grandes grupos necesitan dos o más capas de representación, mejor que una representación directa, para calcular las políticas públicas basadas en el consenso”⁴⁴⁴, afirma que dichas virtudes claman por una democracia “en sentido amplio, no la que se limita a sostenerse en elecciones libres y abiertas”, concediendo una particular importancia a los procesos deliberativos amplios, que denomina “megálogos”⁴⁴⁵.

Pues bien, la antropología de Etzioni se inscribe en el personalismo comunitario y, más específicamente, es heredera de la antropología dialógica de Buber, de quien fue discípulo: “Nuestra postura en cuanto a la categoría social –escribe– es semejante a la de Martin Buber, especialmente la formulada en la segunda edición de *I and Thou*”⁴⁴⁶.

D. Cortina y la democracia radical

Cortina propone una “democracia radical”, que, respetando la diversidad de las facetas humanas y de las esferas sociales y, por lo tanto, renunciando a colonizarlas políticamente, asuma con seriedad “que los hombres concretos, raíz y meta, si no de todas las cosas, sí al menos de las que les afectan, son interlocutores válidos y, por tanto, han de ser dialógicamente tomados en cuenta”⁴⁴⁷ en orden a garantizar que sean tratados como sujetos autónomos, facultados para y con derecho a participar en las decisiones que les afectan. Tenemos, dicho de otro modo, que la antropología mínima del hombre como interlocutor válido fundamenta una ética dialógica, la cual, a su vez, entiende el participacionismo como “el reconocimiento de un derecho de los

⁴⁴³ Etzioni 1999, p. 276.

⁴⁴⁴ Etzioni, Amitai. *Minerva: an Electronic Town Hall*, citado por Gil 2008. “La historia ha demostrado que los grupos grandes son incapaces de ponerse de acuerdo en actuaciones concretas por medio del diálogo posible en una reunión de ciudadanos. Además, desarrollar políticas requiere un alto nivel de negociación, dirección y administración que los votantes ni tienen ni quieren asumir” (Etzioni, Amitai. *Minerva: an Electronic Town Hall*, citado por Gil 2008).

⁴⁴⁵ Etzioni 1999, 276 y 135-139 respect.

⁴⁴⁶ Etzioni 1980, 4.

⁴⁴⁷ Cortina 1993, 19; cf. 18-19.

hombres concretos a asumir su propia vida, a asumir la responsabilidad por las decisiones en que se juegan los intereses de todos”⁴⁴⁸.

Esta filósofa considera, por lo demás, que el ideal participativo no puede limitarse a una democratización de determinadas instituciones tradicionalmente no políticas que mantenga en lo esencial el principio de representación de los ciudadanos en los órganos del Estado, sino que apunta, aunque sin renunciar a la crítica, hacia un “modelo de descentralización política” en el cual “hay dos instancias que toman decisiones que obligan: las unidades sociales de base, de las que arrancan las decisiones y una instancia central, que ha de mantener el orden o coordinar las tareas”⁴⁴⁹.

No es casual, en consonancia con nuestra hipótesis, que la participación política igual y efectiva aparezca a sus ojos como expresión del “ser político del hombre”⁴⁵⁰. En su aspiración democrática opera, con toda seguridad, una visión antropológica que reconoce una gran trascendencia a la que hemos denominado dimensión social de la vida humana:

También una cierta noción de hombre estaría a la base de nuestra democracia. Por lo menos, la noción de un hombre autónomo, que quiere desarrollarse en solidaridad, de modo que el grupo social no es ontológica, sociológica ni éticamente más importante que el sujeto autónomo. Pero tampoco tal sujeto es un “individuo poseedor”..., sino el tipo de sujeto que se sabe inscrito en una comunidad, de suerte que para él la autonomía es imposible sin

⁴⁴⁸ Cortina 1993, 19. “Las éticas del diálogo... tienen a la base –explícita o implícitamente– una concepción del hombre como ser capaz de comunicación y argumentación, como interlocutor” (Cortina 2007a, 132).

⁴⁴⁹ Cortina 1993, 94. “Este modelo se liga a Rousseau, Jefferson y socialistas como Fourier y Owen, pero también a Marx, Lenin, Cole, Yugoslavia y la Nueva Izquierda” (Cortina 1993, 94, nota 13). La crítica consiste en afirmar que el “modelo participacionista de descentralización, que sería el propiamente participativo, posibilita la participación igual y efectiva únicamente en los pequeños grupos de base y no en la unidad centralizadora. Por otra parte, sólo en esos grupos logra configurar los rasgos que la tradición participativa confía en infundir en quienes participan (autorrespeto, autonomía, actividad, responsabilidad social, interés por la información política e identificación con la sociedad), con lo cual se pierde una visión social más amplia que no puede perder una democracia hodierna” (Cortina 1993, 98).

⁴⁵⁰ Cortina 1993, 91.

*solidaridad. Solidaridad que... se abre a comunidades transnacionales, dado que sus principios son universalistas.*⁴⁵¹

E. Bobbio, “el profesor vacilante”

En modo alguno puede decirse que en el pensamiento político del profesor italiano se encuentre una defensa de la democracia participativa. Muy al contrario, su orientación general respecto de los modelos de democracia consiste en abogar, como mostraremos, en favor de la representativa. Si en este momento lo traemos a colación es precisamente porque, en aparente contradicción con lo enunciado por nuestra hipótesis –según la cual existe correspondencia entre una concepción de la persona que reconozca carácter constitutivo a la dimensión social de su existencia y la aspiración a una democracia de tipo participativo– en Bobbio encontramos, junto al referido representacionismo político, una antropología que identifica perfectamente las que hemos denominado dimensiones individual y social de la persona y que, en tal sentido, merecería ser encuadrada en el enfoque personalista comunitario o en otro extraordinariamente próximo.

Considera, en efecto, que “del hombre puede decirse que es al mismo tiempo una «persona moral», considerado en sí mismo, y una «persona social» en cuanto vive, desde que nace hasta que muere, en distintos círculos que van desde la familia a la nación y desde la nación a la sociedad universal”⁴⁵².

Puede incluso decirse, ahora en el plano político, que parece entender la democracia como realización de tal “persona social” desde el momento en que señala que, mientras que “el liberalismo amputa al individuo del cuerpo orgánico”, “la democracia lo une de nuevo a otros como él. El liberalismo pone de relieve la capacidad del individuo para la auto-creación... en condiciones de máxima libertad de todas las restricciones internas y coercitivamente impuestas; la democracia tiene en la más alta estima la capacidad del individuo para superar el aislamiento mediante... la institución de un poder común no tiránico”⁴⁵³.

⁴⁵¹ Cortina 1993, 101.

⁴⁵² Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, citado por Barboza 2005, 118, nota 8.

⁴⁵³ Bobbio, Norberto. *Liberalism and Democracy*, citado por Resnick 2007, 38-39.

Ahora bien, no cabe duda de que Bobbio apuesta por el representacionismo político. Es verdad que no ha dejado de identificar con punzante agudeza “las promesas incumplidas de la democracia”, a tal punto que su visión de la evolución seguida por los regímenes democráticos hasta nuestros días coincide ampliamente con las tesis del elitismo competitivo de Schumpeter o de la poliarquía de Dahl ⁴⁵⁴. No por ello deja de ser cierto que milita enérgicamente en las filas de los partidarios de la democracia representativa: “la única que existe y funciona”, por más que constituya “por sí misma una renuncia al principio de libertad como autonomía” en el sentido rousseauniano, es decir, como supresión de la tradicional distinción entre quienes establecen y quienes reciben normas de conducta o, en otros términos, entre gobernantes y gobernados ⁴⁵⁵. En sus reflexiones sobre *El futuro de la democracia* expresó su sorpresa, no exenta de ironía, ante el hecho de que la vieja acusación de debilidad e ineficacia insistentemente dirigida a la democracia representativa “haya sido repetida luego que las alicaídas democracias, llamadas despectivamente «mediocracias», ganaran nada menos que dos guerras mundiales contra Estados antidemocráticos” ⁴⁵⁶.

De hecho, como corresponde a su aprobación de la representación política, Bobbio ha sido muy crítico tanto con los referéndums como con la revocabilidad de los mandatos, no ha dejado de señalar el peligro demagógico que se cierne sobre las asambleas de ciudadanos, ha calificado de

⁴⁵⁴ “Joseph Schumpeter dio en la diana cuando sostuvo que la característica de un gobierno democrático no es la ausencia de élites sino la presencia de varias élites que compiten entre sí por la conquista del voto popular”. “Partiendo de la hipótesis del individuo soberano que, al pactar con otros individuos en igual medida soberanos, crea la sociedad política, la doctrina democrática imaginó un Estado sin cuerpos intermedios, una sociedad política en la que entre el pueblo soberano compuesto por muchos individuos (un hombre, un voto) y sus representantes no existiesen las sociedades particulares desaprobadas por Rousseau y privadas de autoridad por la ley Le Chapelier (abolida en Francia en 1887). Lo que ha sucedido en los estados democráticos es lo opuesto totalmente: los grupos, grandes organizaciones, asociaciones de la más diversa naturaleza, sindicatos de las más heterogéneas profesiones y partidos de las más diferentes ideologías se han convertido cada vez más en sujetos políticamente relevantes, mientras que los individuos lo han hecho cada vez menos. Los grupos y no los individuos son los protagonistas de la vida política en una sociedad democrática. (...) El modelo ideal de la sociedad democrática era una sociedad centrípeta. La realidad que tenemos a la vista es una sociedad centrífuga, que no tiene un solo centro de poder (la voluntad general de Rousseau), sino muchos, y que merece el nombre, en el que concuerdan los estudiosos de política, de sociedad policéntrica o poliárquica (con expresión más rotunda pero no del todo incorrecta, policrática)” (Bobbio 2009, 5 y 2 respect.).

⁴⁵⁵ Cf. Bobbio 2009, 4-5.

⁴⁵⁶ Bobbio. N. *El futuro de la democracia*, citado por Paniagua 2008, 5.

“pueril” la hipótesis de que la “computerocracia” vaya a permitir la participación de los ciudadanos en las decisiones políticas y, de modo más general, ha denunciado el “fetichismo” de la democracia directa: “El exceso de participación, que produce el fenómeno que Dahrendorf ha denominado, desaprobándolo, del ciudadano total, puede tener como efecto la saciedad de la política y el aumento de la apatía electoral. El precio que debe pagarse por el compromiso de pocos es a menudo la indiferencia de muchos. Nada hay más peligroso para la democracia que el exceso de democracia”⁴⁵⁷.

Entiende Bobbio, ciertamente, que es necesario lanzar un nuevo proceso de democratización, pero éste no consiste en la multiplicación de las decisiones políticas directas por parte de los ciudadanos, sino, en consonancia con su liberalsocialismo, en la “democracia social”, es decir, en la aplicación de los principios y reglas de la democracia representativa a ámbitos de poder jerárquicamente regulados, como son, muy especialmente, las empresas y los aparatos administrativos:

*Tras la conquista del sufragio universal, si puede hablarse todavía de una extensión del proceso de democratización, éste se debería dar no tanto... en la respuesta a la pregunta: “¿quién vota?”, sino en la respuesta a esta pregunta: “¿dónde se vota?”. En otras palabras, cuando se quiere conocer si ha habido un desarrollo de la democracia en un país dado, habría que ver no si ha aumentado el número de los que tienen el derecho a participar en las decisiones que les afectan sino los espacios en los que pueden ejercitar este derecho. Mientras los dos grandes bloques de poder que existen en las sociedades avanzadas, la empresa y el aparato administrativo, no se vean afectados por el proceso de democratización –aparte de que esto sea, además de posible, también deseable–, éste no puede darse por acabado.*⁴⁵⁸

Pues bien, en favor de nuestra hipótesis hemos de decir que, por más que sobre el pensamiento político de Bobbio pese una acentuada resignación a propósito de las cotas democráticas actualmente alcanzadas por nuestros regímenes políticos⁴⁵⁹, su consideración de la “persona social” desempeña un importante papel no sólo en su propuesta de democracia social, sino también en un sentido político.

⁴⁵⁷ Bobbio 2009, 5. Cf. Paniagua 2008, 7.

⁴⁵⁸ Bobbio 2009, 6.

⁴⁵⁹ De “realista pesimista” lo califica Yturbe 2001, 19.

En efecto, a pesar de sus profundas reservas frente a instituciones como el referéndum, la revocabilidad de los mandatos o las asambleas decisorias, en *¿Qué socialismo?* Bobbio concede un lugar al menos hipotético a la democracia directa, no como superación o sustitución de la representativa, pero sí como su “correctivo” o “complemento”⁴⁶⁰. Y, lo que es no menos importante, la “definición mínima” de democracia por él ofrecida reza del siguiente modo: “un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados”⁴⁶¹, es decir, que su ideal democrático incorpora la aspiración a la mayor intervención posible de los ciudadanos en las decisiones políticas.

Tenemos, en definitiva, que sobre “el profesor vacilante”⁴⁶² pesan las incongruencias que se siguen del hecho de que haya pretendido situarse en la encrucijada de tradiciones ideológicas, tanto políticas como económicas, muy divergentes. “El socialismo liberal es un compuesto inestable ya que sus dos elementos acaban separándose: y con el mismo proceso el liberalismo comienza a acercarse al conservadurismo. Este desenlace de la obra de Bobbio, ¿es un caso particular?, ¿o se encuentran aquí afinidades electivas más generales –independientes de la acción de los afectados– del pensamiento político moderno?”, se pregunta Anderson⁴⁶³. Tal y como venimos sosteniendo en nuestra argumentación, nosotros pensamos que tales afinidades electivas ciertamente existen, también en el pensamiento de Bobbio, y que, de una u otra forma, acaban por producir y desplegar en él las consecuencias que hemos señalado.

F. El *homo politicus* y la sociedad civil

A las propuestas participacionistas, que se orientan hacia un modelo mixto entre la democracia representativa y la directa, subyace, pues, una antropología del *homo politicus* como dimensión que no agota la realidad humana, pero que ciertamente forma parte de ella. De ahí que para esta

⁴⁶⁰ Anderson 1988, 32; Paniagua 2008, 7.

⁴⁶¹ Bobbio, N. *El futuro de la democracia*, citado por Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, III, 142.

⁴⁶² Silva-Herzog 2004.

⁴⁶³ Anderson 1988, 37.

corriente, la actividad política no tenga un carácter meramente instrumental, sino que desempeña una “función felicitante”, es decir, constituye un valor en sí mismo en tanto que elemento constitutivo de la realización de la persona globalmente considerada ⁴⁶⁴.

Se entiende que, desde esa misma antropología integral, los partidarios de la democracia participativa procedan a rechazar el esquema representacionista de separación entre el Estado y la sociedad civil, esa concepción territorial en que aquél se corresponde con el campo de las relaciones sociales mediadas por el monopolio de la violencia física legal y ésta con el de la libre espontaneidad de individuos y de grupos. El participacionismo, a nuestro entender, concibe el Estado y la sociedad civil como dimensiones de una única realidad social que, siendo diferentes, no se encuentran separadas, sino profundamente interrelacionadas ⁴⁶⁵.

Es la razón por la cual, en la perspectiva de tales autores, la democratización de las instituciones políticas y la de la sociedad civil se encuentran recíprocamente condicionadas, pretendiéndose, por ello, “una transformación interdependiente tanto del Estado como de la sociedad civil” ⁴⁶⁶.

Por eso, según Macpherson, el segundo gran requisito de una democracia participativa, junto al relativo a la autocomprensión personal previamente traído a colación, “es una gran reducción de la desigualdad social y económica actual, pues... esa desigualdad requiere un sistema no participativo de partidos a fin de que la sociedad funcione” ⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Cf. Cortina 1993, 92-93.

⁴⁶⁵ Cf. Martínez Real 1997, 514.

⁴⁶⁶ Held 1991, 340.

⁴⁶⁷ Macpherson 1982, 129. Frente a una concepción mayoritaria de la democracia, limitadora del papel de los ciudadanos en las contiendas políticas a la función de jueces, Dworkin propone una de tipo asociativo, que les atribuye también participación en tales contiendas a través de procesos deliberativos en los que todos pueden hacer valer sus propios argumentos en condiciones de cierta igualdad: “La regla de la mayoría no es justa o valiosa en sí misma: lo es sólo cuando se observan algunas condiciones, incluyendo ciertos requisitos de igualdad entre los participantes del proceso político a través del cual la voluntad de la mayoría resulta determinada” (Dworkin 2003, 393; sobre el contraste entre ambas concepciones de la democracia cf. Dworkin 2008, 168-184). Por eso, “la democracia asociativa resulta menoscabada cuando ciertos grupos de ciudadanos no tienen ninguna (o tienen sólo una profundamente disminuida) oportunidad de luchar a favor de sus convicciones porque carecen de los fondos necesarios para competir con donantes ricos y poderosos” (Dworkin 2003, 395; cf. nota 5).

En el movimiento participacionista se sitúa también la “democracia fuerte” de Barber, definida formalmente como “un modelo participativo de política, donde el conflicto se resuelve en ausencia de un presupuesto independiente, a través de un proceso de autogobierno participativo y cercano y de la creación de una comunidad política capaz de transformar a individuos privados dependientes en ciudadanos libres, amén de los intereses privados y parciales en bienes públicos”⁴⁶⁸. En su opinión, la transformación de las instituciones políticas representativas mediante la adopción, por ejemplo, de referéndums o de sistemas de cargos por rotación, requiere de un correlativo fortalecimiento de la sociedad civil –considerada como “dominio del tú y del yo reunidos en un activo nosotros”⁴⁶⁹–, proceso en el que resultan fundamentales la deliberación pública, el respeto de la autonomía individual, la educación cívica, los mecanismos económicos cooperativos, etcétera. La razón de fondo de tal correlación sería que la democracia no consiste únicamente en un régimen político, sino en un “modo de vivir” o de organizarse para “vivir juntos en comunidad”, y esto no sólo para la “mutua conveniencia sino también por el beneficio de la colectividad”⁴⁷⁰.

Igualmente Walzer, muy consciente de la dimensión social de la persona humana, se identifica con la aspiración a una ciudadanía activa en una democracia participativa. Sabe, al mismo tiempo, que, si bien “sólo un Estado democrático puede crear una sociedad civil democrática, sólo una sociedad civil democrática puede mantener la democracia en un Estado. El civismo que hace posible la política democrática sólo puede ser aprendida a través de las redes asociativas. A su vez, las capacidades que mantienen vivas las redes deben ser promovidas por el Estado democrático”⁴⁷¹. Su modelo de la “igualdad compleja” y de “las “esferas de la justicia” permite

⁴⁶⁸ Barber 2004, 202.

⁴⁶⁹ Barber 2000, 14.

⁴⁷⁰ Barber 2004, 188-189. Cortina reprocha a Barber que su democracia fuerte lleva a cabo “una identificación entre moral y política”. No se trata de que Barber identifique al hombre y al ciudadano, pues, de hecho, su modelo se muestra respetuoso hacia la autonomía individual (cf. Barber 2000, 35), sino de que la ciudadanía parece dar a la persona su mayor cualificación moral, rechazando la existencia de criterios independientes que permitan determinar la corrección moral de las decisiones políticas: “Barber rechaza reiteradamente cualquier criterio independiente, sea metafísico, sea epistemológico, y confía la corrección de las decisiones a la deliberación compartida fáctica en una comunidad” (Cortina 1993, 106).

⁴⁷¹ Walzer 1998, 390.

evitar, por lo demás, tanto los movimientos de eventual colonización recíproca entre el Estado y la sociedad civil como el apagamiento de la autonomía individual.

El régimen de la igualdad compleja es lo opuesto a la tiranía. Establece tal conjunto de relaciones que la dominación es imposible. En términos formales, la igualdad compleja significa que ningún ciudadano ubicado en una esfera o en relación con un bien social determinado puede ser coartado por ubicarse en otra esfera, con respecto a un bien distinto (...)

Con mucho, los políticos, empresarios, científicos, soldados y amantes más notables serán personas distintas, y en la medida en que los bienes que poseen no acarreen la posesión de otros bienes, no tenemos razón para temer sus logros (...)

La crítica del predominio y la dominación tiene como base un principio distributivo abierto. Ningún bien social X ha de ser distribuido entre hombres y mujeres que posean algún otro bien Y simplemente porque poseen Y sin tomar en cuenta el significado de X.⁴⁷²

Este tipo de propuestas participacionistas permite, pues, una adecuada realización de la dimensión política de la persona, al tiempo que garantiza suficientemente la salvaguardia de la autonomía que requiere el desarrollo de la individualidad. De cara al reconocimiento de la dignidad personal de un ser simultáneamente social e individual, resulta ciertamente fundamental tanto que el *homo politicus* no se disuelva como que no se totalice. El Estado y la sociedad civil no han de separarse, pero tampoco deben confundirse.

El respeto de la dimensión individual de la vida humana prohíbe la identificación del Estado y de la sociedad civil, que conduciría a una completa politización de todas las actividades humanas y relaciones sociales. No cabe ceder nuevamente a “la tentación de identificar al hombre con el ciudadano, esperanza grandiosa que ha acarreado las mayores catástrofes, porque ha conducido a la destrucción de todas las barreras que podían limitar un poder absoluto”⁴⁷³. De ahí la

⁴⁷² Walzer 1993, 32-34.

⁴⁷³ Touraine 1992, 401.

importancia de que el principio democrático se encuentre debidamente equilibrado con el liberal en orden a garantizar la inviolabilidad de la autonomía personal ⁴⁷⁴.

Por su parte, el respeto de la dimensión social –específicamente ahora la política– de la vida humana prohíbe la separación del Estado y de la sociedad civil, o su exclusiva conexión a través del mandato representativo, pues ello abocaría a un elitismo partidario que funciona como correa de transmisión de los intereses de los agentes sociales hegemónicos, es decir, frecuentemente a un régimen plutocrático. No cabe ceder a la debilidad de volver a reconocer al *bourgeois* el monopolio de la ciudadanía. De ahí la importancia de que el principio liberal se vea balanceado por el democrático con el propósito de garantizar que cada uno de los ciudadanos esté habilitado para participar en pie de igualdad en la determinación de los asuntos que a todos incumben.

3.5. El principio del discurso y la democracia

Si nos proponemos ocuparnos ahora de la ética discursiva, también llamada dialógica, comunicativa o argumentativa, y cuyos principales representantes son Apel y Habermas, es

⁴⁷⁴ El prestigio del Estado en detrimento de la sociedad civil hunde sus raíces no sólo en la tradición aristotélica, sino también en el pensamiento de Hegel. En efecto, puesto que ese filósofo concibe la sociedad civil en términos estrictamente burgueses, es decir, como el ámbito de la búsqueda de intereses particulares, el Estado aparece a sus ojos como medio necesario de la universalidad y, por esa vía, reduce tanto lo racional como lo ético a lo político. “La naturaleza del Estado consiste en la unidad de la voluntad subjetiva y la voluntad universal; la voluntad subjetiva se ha elevado hasta renunciar a su particularismo. Cuando nos representamos un Estado, solemos poner a un lado el gobierno y al otro lado el pueblo; aquel es la actividad concentrada de lo universal, este es el total de las muchas y distintas voluntades subjetivas individuales (...) Mientras así sea, no puede decirse que exista el Estado, esto es, la unidad de la voluntad universal y la particular (...) El concepto racional de Estado ha superado esta oposición abstracta (...) El Estado tiene por base aquella unidad; la cual es su ser, su sustancia (...) El Estado es la razón en la tierra” (Hegel 1986, 123; puede verse una crítica en Cortina 1993, 14-15, 144-146). En consonancia con su burguesa sociedad civil, Hegel defendió el principio de representación política, cuya lógica, combinada con su visión del Estado universalizador, le condujo a la aceptación de la monarquía constitucional y, en última instancia, del despotismo ilustrado: “Como nuestros Estados son tan grandes y los individuos tantos, estos no pueden expresar directamente su voluntad, en la resolución de los negocios públicos, sino solo indirectamente, por medio de representantes... La llamada constitución representativa es la forma a que asociamos la representación de una constitución libre... Lo importante es que la libertad, tal como es determinada por el concepto, no tiene por principio la voluntad y el albedrío subjetivo, sino el conocimiento de la voluntad universal (...) la aprobación de los individuos es más o menos indiferente (...) Lo que constituye el Estado es el conocimiento culto; no el pueblo” (Hegel 1986, 124-125). “Participar en el gobierno puede... todo aquel que tiene los conocimientos, la práctica y la voluntad necesarias para ello. Deben gobernar los que saben, *oi aristoi*, no la ignorancia y la presunción del saber más que otros” (Hegel 1986, 700). “¿Cuál debe ser la voluntad que decida? Al monarca compete la última decisión” (Hegel 1986, 693).

porque algunos de sus seguidores han pretendido que la forma política correspondiente a tal ética sería una democracia participativa.

3.5.1. La ética discursiva

Digamos, en primer lugar, que la ética discursiva posee una clara inspiración kantiana, puesto que, al igual que ésta, es formal y universalista, es decir, se ocupa de las condiciones o requisitos de la moralidad sin apelar a imágenes del mundo con contenido, sea filosófico o religioso, y considera que una norma sólo es moralmente válida cuando es universalizable ⁴⁷⁵.

Ahora bien, la ética kantiana tenía como categoría básica la subjetividad o, en otros términos, era monológica en el sentido de que en ella la determinación de la universalidad de las normas operaba a partir de la buena voluntad, es decir, de la conciencia orientada por el puro sentido del deber y desvinculada de todo tipo de condicionamiento externo e interés propio. Por el contrario, la ética discursiva parte de la idea de que la conciencia se encuentra históricamente condicionada e, incluso, acepta como punto de partida del método moral la existencia de intereses particulares. Su categoría básica es la de intersubjetividad, lo que significa que en ella se considera necesario comprobar la universalidad –moralidad– de la norma en cuestión mediante un diálogo entre todos los afectados por la misma.

El principio de la ética discursiva consiste, según Apel, en una definición de la persona basada en la competencia comunicativa, que no es, a nuestro juicio, sino una formulación de la especificidad humana comúnmente denominada dignidad:

Todos los seres capaces de comunicación lingüística deben ser reconocidos como personas, puesto que en todas sus acciones y expresiones son interlocutores virtuales, y la justificación ilimitada del pensamiento no puede renunciar a ningún interlocutor y a ninguna de sus aportaciones virtuales a la discusión. A mi juicio, no es, pues, el uso lógicamente correcto del entendimiento individual, sino esta exigencia de reconocimiento recíproco de las personas como sujetos de la argumentación lógica, la que justifica el discurso sobre la «ética de la lógica». ⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Cf. Etxeberria 1995, 56-57; Cortina 2007a, 125.

⁴⁷⁶ Apel 1985, 380-381.

Pues bien, la ética habermasiana, a la que prestamos particular atención en nuestro interés por identificar el modelo de democracia al que el principio del discurso pudiera apremiar, es un procedimiento de elaboración de normas que presupone una “situación ideal de habla” –una “comunidad ideal de comunicación”, según Apel–, cuyas principales características vienen dadas por la autonomía y simetría de los participantes. A ese respecto escribe Habermas:

*Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no sólo no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todo participante en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla.*⁴⁷⁷

Tomando como punto de partida tal situación de habla, el postulado de la universalidad establece, según Habermas, que “cada norma válida habrá de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios que se siguen de su acatamiento *general* para la satisfacción de los intereses de *cada* persona (presumiblemente) puedan resultar aceptados por *todos* los afectados (así como preferidos a los efectos de las posibilidades sustitutivas de regulación)”⁴⁷⁸. De ahí que el principio del discurso o postulado ético discursivo mantenga que “válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, citado por Velasco Arroyo 1999, 60. Entre los presupuestos de la ética discursiva de Habermas se encuentra también el giro pragmático de la filosofía del lenguaje operado por Austin y Searle.

⁴⁷⁸ Habermas 1985, 85-86. “Desde esta perspectiva hay que volver a formular el imperativo categórico en el sentido propuesto: «En lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que presentarles mi teoría al objeto de que queda hacer la comprobación discursiva de su pretensión de universalidad. El peso se traslada, desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a lo que todos de común acuerdo quieren reconocer como norma universal» (McCarthy)” (Habermas 1985, 88).

⁴⁷⁹ Habermas 1998, 172. “Por «discurso racional» entiendo *toda* tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones. Indirectamente esa expresión se refiere también a las «negociaciones», en la medida en que éstas vengan reguladas también por procedimientos discursivamente fundados” (Habermas 1998, 173) “El discurso ideal tiene en la teoría discursiva de la justicia el rol de una idea reguladora”, de tal modo que son justas aquellas normas “a las cuales todos los participantes, en un discurso ideal, prestarían el propio asentimiento” (Alexy 2003b, 167).

Digamos, de paso, que también Alexy defiende que, mientras que ya no son posibles teorías morales materiales que pudieran proporcionar certeza intersubjetiva en la solución de toda cuestión moral, sí resultan viables teorías de tipo procedimental que formulen reglas y condiciones para la argumentación práctica racional, considerando particularmente promisorio la de Habermas, que resume en los siguientes postulados: “se exige (1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual, (2) un grado sumo de información empírica, (3) un grado sumo de universalidad, (4) un grado sumo de desprejuiciamiento”⁴⁸⁰.

3.5.2. La política deliberativa

Habermas denomina “política deliberativa” a la lectura de la democracia en términos de teoría del discurso⁴⁸¹, lo que arroja el siguiente resultado:

*Conforme al principio de discurso pueden pretender validez precisamente aquellas normas que pudiesen encontrar el asentimiento de todos los potencialmente afectados si éstos participasen en discursos racionales. Los derechos políticos buscados tienen, por tanto, que garantizar la participación en todos los procesos de deliberación y decisión relevantes para la producción de normas, de modo que en ellos pueda hacerse valer por igual la libertad comunicativa de cada uno de posicionarse frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica.*⁴⁸²

Se entiende, por lo tanto, que fácilmente haya podido percibirse que la ética discursiva fundamenta una democracia participativa, es decir, un modo de organización política en el que los ciudadanos se encuentran facultados para intervenir en todas aquellas decisiones por cuyas consecuencias se vean alcanzados.

⁴⁸⁰ Alexy 1997, 176. La teoría del discurso, según Alexy, se construye a partir de las siguientes reglas de procedimiento: “(1) Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso. (2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción. (b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso. (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades. (3) A ningún hablante puede impedírsele fijar sus derechos fijados en 1 y 2 mediante coerción interna o externa del discurso” (Alexy 2003b, 166).

⁴⁸¹ Cf. Habermas 1998, 378. “La deliberación presupone una concepción dialógica de la política y la consideración de ésta como un proceso racional de discusión de los problemas y alternativas (...) Vinculada a la democracia deliberativa se encuentra la de democracia discursiva” (Jorge 2005, I, 617).

⁴⁸² Habermas 1998, 193; cf. 175. “Al tomar el principio de discurso forma jurídica se transforma en un «principio de democracia»” (Habermas 1998, 653).

Sin embargo, argumenta Habermas, no debe ignorarse que entre las cuestiones morales y las políticas existen algunas diferencias que revisten una trascendental importancia para el presente asunto: “Mientras que el principio moral opera en el plano de la estructura *interna* de un determinado juego de argumentación, el principio democrático se refiere al plano de la institucionalización *externa*, es decir, efectiva y operante en lo que se refiere a la acción”⁴⁸³. Además, en contraste con lo que sucede con las normas morales, cuyo criterio de validez consiste en la universalidad y que se encuentran ordenadas a la justicia, las normas políticas dicen relación a una comunidad jurídica particular y expresan tanto intereses como objetivos pragmáticos, es decir, adecuados en tanto que conducentes a un determinado fin⁴⁸⁴. De ahí que “una aplicación de la ética del discurso al proceso democrático efectuada sin las *necesarias mediaciones* o la aplicación de un concepto de discurso no suficientemente aclarado, no pueden conducir sino a disparates”⁴⁸⁵.

Pues bien, las mediaciones que Habermas parece considerar necesarias entre la soberanía popular o el “poder comunicativo” de los ciudadanos, por un lado, y la toma de decisiones políticas o “el poder administrativo”, por el otro, no son sino el pluralismo de los partidos y el principio parlamentario: “La decisión fundada y vinculante acerca de políticas y leyes exige, por un lado, deliberación y toma de acuerdos *face to face*. Por otro lado, no todos los ciudadanos, en el plano

⁴⁸³ Habermas 1998, 176.

⁴⁸⁴ “Las cuestiones políticas se diferencian de las morales. A diferencia de la moral, el derecho no regula contextos de interacción en general, sino que sirve de medio para la autoorganización de comunidades jurídicas que en unas determinadas circunstancias históricas se afirman en su entorno social (...) Mientras que las reglas morales, al concentrarse en lo que es el interés de *todos* por igual, expresan una voluntad absolutamente general, las reglas jurídicas expresan también la voluntad particular de los miembros de una determinada comunidad jurídica. Y mientras que la voluntad moralmente libre, en cierto modo permanece virtual, pues tan sólo dice lo que racionalmente podría ser aceptado por cualquiera, la voluntad política de una comunidad jurídica, voluntad que, ciertamente, ha de estar en consonancia con lo que la moral exige, es también expresión de una forma de vida intersubjetivamente compartida, de constelaciones dadas de intereses y de fines elegidos pragmáticamente. De la propia naturaleza de las cuestiones políticas se sigue que, en el medio del derecho, la formación de formas de comportamiento se abre, por así decir, a la persecución de fines colectivos” (Habermas 1998, 218; cf. 176 y 226-227). Tampoco Apel cree que el principio de la ética del discurso pueda ser aplicado directamente al ámbito político, pues, según su argumentación, ello conduciría a una politización total de la sociedad e implicaría para tal ética una renuncia a su carácter de ética de la responsabilidad en sentido weberiano (cf. Adela 1993, 113-115). Puede verse una presentación de la ética del discurso como ética de la responsabilidad en Apel 1991.

⁴⁸⁵ Habermas 1998, 225.

de las interacciones directas y simples, pueden «unirse» en tal práctica ejercida en común. Una salida la ofrece el *principio parlamentario*, conforme al que se establecen cuerpos representativos encargados de deliberar y tomar acuerdos”⁴⁸⁶.

Es verdad que la política deliberativa exige un intenso flujo de comunicación entre la opinión pública, los resultados electorales y las resoluciones legislativas que debe garantizar la influencia del poder comunicativo sobre el administrativo. En el diseño habermasiano, éste debe permanecer “retroalimentativamente conectado” con aquél, el cual, a su vez, no sólo lo controla *a posteriori*, sino que también “lo programa más o menos” y lo mantiene fuera del alcance del poder social⁴⁸⁷.

Pese a lo cual, sólo el sistema político puede «actuar». Es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas de la acción pública constituyen una vasta red de sensores que reaccionan a la presión de problemas o situaciones problemáticas que afectan a la sociedad global, y estimulan opiniones influyentes. La opinión pública así elaborada y transformada (conforme a procedimientos democráticos) en poder comunicativo no puede ella misma «mandar», sino sólo dirigir el uso del poder administrativo en una determinada dirección.

*Las comunicaciones políticas de los ciudadanos se extienden, ciertamente, a todos los asuntos que sean de interés público, pero desembocan finalmente en las resoluciones de los cuerpos legislativos. La formación de la voluntad política se endereza a la producción de normas... La competencia legislativa, que por principio corresponde a los ciudadanos en su totalidad, se encargan de desempeñarla cuerpos parlamentarios, que fundamentan leyes conforme a un procedimiento democrático.*⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Habermas 1998, 238-239.

⁴⁸⁷ Cf. Habermas 1998, 375-376. “El ejercicio de la autonomía política significa la formación discursiva de una voluntad común, pero no significa todavía la implementación de las leyes que surgen de ella. Con toda razón, pues, el concepto de lo político abarca *también* el empleo de poder administrativo en, y la competencia por el acceso a, el sistema político. La construcción del código que es el poder significa que el sistema administrativo queda así regulado a través del establecimiento de facultades y competencias para tomar decisiones colectivamente vinculantes. Por eso propongo considerar el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo. Pues la transformación de poder comunicativo en poder administrativo tiene el sentido de un *facultamiento* o autorización, es decir, de un otorgar poder en el marco del sistema o jerarquía de cargos establecidos por las leyes. La idea de Estado de derecho puede interpretarse entonces en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código «poder», al poder comunicativo creador de derecho, y mantenerlo libre de las interferencias del poder social, es decir, de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados” (Habermas 1998, 217-218).

⁴⁸⁸ Habermas 1998, 376 y 240 respect.

En suma, dado que el órgano competente para la toma de decisiones políticas es el Parlamento, la política deliberativa de Habermas comporta una democracia representativa. En ella, además, los delegados no reciben un mandato rigurosamente circunscrito, sino que son habilitados para “negociar compromisos” que ajusten equitativamente los diversos intereses en juego. En razón de la necesidad de esa deliberación institucionalizada, “representación sólo puede significar aquí que con la elección de los diputados se provee a un espectro lo más amplio posible de perspectivas de interpretación expectables, incluyendo la comprensión que de sí y del mundo tienen los grupos marginales”⁴⁸⁹.

Podemos, pues, concluir que las mejoras democráticas que la política deliberativa pudiera aportar dependen por entero de la buena voluntad, tanto de aquella de que sean portadores los ciudadanos en la generación de la opinión pública como de aquella otra que induzca a quienes ejercen el poder del Estado a permanecer permeables a las comunicaciones procedentes de los primeros y a dirigir en consecuencia sus tomas de decisiones políticas.

Hemos de conceder, por nuestra parte, que la política ha de atender tanto a la pacífica conciliación de intereses como a la eficaz consecución de objetivos colectivos pragmáticos, entre otras razones porque, tal y como se sostiene en la perspectiva ética de la responsabilidad (Weber), no puede en modo alguno desentenderse de los resultados. Ahora bien, precisamente para esa ética de la responsabilidad que debe guiar la acción política, lo importante no es la buena

⁴⁸⁹ Habermas 1998, 251; cf. 249 y 252-254. “Si los diputados son elegidos como participantes en discursos efectuados de forma representativa o vicaria, la elección no tiene directamente el significado de una delegación de poderes de mi voluntad. La limitación social de los cuerpos representativos guarda entonces una peculiar relación de tensión con el libre acceso que esos discursos efectuados representativamente habrían propiamente de exigir en virtud de sus presupuestos comunicativos (...) estos discursos, que por motivos técnicos han de efectuarse representativamente, no han de interpretarse conforme al modelo de quien actúa delegadamente en nombre de otro; sino que constituyen sólo el centro o foco organizado del circuito de comunicación que representa un espacio público no-organizable en su totalidad, y que discurre a lo largo y ancho de toda a sociedad. Los discursos efectuados representativamente sólo pueden satisfacer a esta condición de una participación de todos los miembros por igual, si permanecen permeables, sensibles y abiertos a incitaciones, a temas e intervenciones, a informaciones y razones que les afluyen de un espacio público estructurado a su vez discursivamente, es decir, con relaciones de poder atenuadas, próximo a la base y pluralista” (Habermas 1998, 250-251).

voluntad sino, como observa Cortina, “que lo bueno acontezca”⁴⁹⁰. Por lo mismo, una ética discursiva responsable debería urgir el establecimiento de instituciones políticas que garanticen a los ciudadanos la posibilidad de ejercer la autonomía política, liberándolos así de su dependencia respecto de la buena voluntad de los electos, que no es, en realidad, sino una forma de heteronomía, incompatible, por lo tanto, con la dignidad que el Estado constitucional democrático y social pretende salvaguardar.

3.6. La democracia: ¿forma o sustancia?

No quisiéramos cerrar el presente capítulo, dedicado al principio democrático, sin haber prestado alguna atención al debate que opone a los respectivos partidarios de las concepciones formal y sustancial –o procedimental y material– de la democracia, puesto que tal confrontación se revela susceptible de ser considerada a la luz de una comprensión de las instituciones como *ethos* objetivo.

3.6.1. Evocación del debate

A. La “democracia sustancial” de Ferrajoli

En el epígrafe relativo a la intrincada relación entre el principio democrático y el liberal ya hemos tenido ocasión de hacer referencia tanto al modelo garantista de Ferrajoli como a algunas de las críticas dirigidas al mismo por Pintore. Nos proponemos retornar ahora a tal modelo, pero únicamente en lo que dice relación a la tesis de la dimensión sustancial de la democracia que en él se inscribe.

⁴⁹⁰ Cortina 1993, 122 “Los únicos rasgos que en ese nuevo modelo quedan de los propios de una democracia participativa son dos. Por una parte, la constatación de que una democracia no se entiende *sólo* desde el modelo de un contrato social de intereses privados, es decir, únicamente como un instrumento para alcanzar metas privadas (...) Por otra parte, el nuevo modelo insiste en la necesidad de integrarse en asociaciones libres que defiendan intereses universalizables. Lo cual implica desoír el consejo schumpeteriano de asegurar la apatía del pueblo y optar por invitarle a participar en la cosa pública. Pero no se trata de una participación directa a través de mecanismos institucionales sino desde esa «publicidad razonante», que no puede tener mayor influencia en las decisiones del poder administrativo que la de un ejército de voluntarios, empeñado en sitiar una fortaleza, pero sin ánimo de conquistarla” (Cortina 1993, 120-121).

En efecto, Ferrajoli defiende “un modelo pluridimensional de «democracia»”, en el que, junto a “la dimensión política o formal” de la misma, consistente en un conjunto de normas formales sobre tomas de decisiones del que depende la vigencia y la validez formal de éstas, existe también una “dimensión sustancial”⁴⁹¹:

*Para que una ley sea válida es necesaria además la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustanciales sobre la producción, dado que invisten, precisamente, los contenidos y por lo tanto la sustancia de las decisiones. Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de la paz y similares. Además expresan la que podemos llamar dimensión sustancial de la democracia, dado que equivalen a otros tantos límites o vínculos de contenido a los poderes de la mayoría. Precisamente, los derechos fundamentales consistentes en expectativas negativas –como los derechos de libertad y de autonomía, tanto civil como política– son derechos que imponen límites, o sea, prohibiciones de lesión, cuya violación genera antinomias; los derechos fundamentales consistentes en expectativas positivas –como lo son todos los derechos sociales– son, en cambio, derechos que imponen vínculos, o sea, obligaciones de prestación cuya inobservancia genera lagunas.*⁴⁹²

Ahora bien, la democracia del modelo garantista conoce una pluridimensionalidad acrecentada, puesto que, habiendo distinguido cuatro tipos de derechos fundamentales, Ferrajoli se ve abocado a tener que diferenciar entre otras tantas dimensiones de la democracia, que serían recíprocamente independientes en el plano teórico, a saber, “la de la democracia liberal (asegurada por los derechos de libertad), la de la democracia social (asegurada por los derechos sociales), la de la democracia política (asegurada por los derechos políticos) y, finalmente, la de

⁴⁹¹ La aparición de tal dimensión es el resultado, en el plano de la teoría política, de la transformación que el modelo garantista ha comportado para el “paleopositivismo” (cf. Ferrajoli 2004a, 23-25).

⁴⁹² Ferrajoli 2003, 230-231. “En el Estado democrático de derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia *formal o política*, en cuanto disciplinan las *formas* de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la *sustancia* (o el *significado*) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia *sustancial*” (Ferrajoli 2004a, 52). Igualmente puede verse Ferrajoli 2002, 12-13.

la democracia civil (asegurada por los derechos civiles, incluidos los de autónoma iniciativa económica)”⁴⁹³.

La discrepancia expresada por Bovero⁴⁹⁴ ha obligado a Ferrajoli a precisar que los realmente independientes son los cuatro tipos de derechos fundamentales, así como a reconocer que los de tipo político resultan necesarios en cualquier régimen democrático, por lo cual, a falta de éstos, “no tendría sentido, aun en presencia de las otras tres clases de derechos, hablar de «democracia». Esto quiere decir que la democracia es, ante todo y necesariamente «política»; que la dimensión política es coesencial a la democracia. La dimensión política, en otras palabras, no es una más de las cuatro dimensiones de la democracia, como si, en su ausencia, siguiera siendo lícito hablar de «democracia civil», «liberal», «social» o «sustancial»”⁴⁹⁵.

Ferrajoli, con todo, considera justificado el empleo de la expresión “democracia sustancial”, por dos razones: en primer lugar, porque da cuenta no sólo de su coexistencia junto a la dimensión formal en los actuales ordenamientos, sino también de su “coesencialidad axiológica”, en razón de la cual la democracia política tiene como condición de posibilidad la existencia de límites sustanciales a los contenidos de las decisiones democráticas⁴⁹⁶; y también porque los derechos fundamentales son el parámetro más importante de igualdad jurídica, que alude a todo el pueblo antes que a la mayoría, igualdad que constituye el valor nuclear del pensamiento democrático⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Ferrajoli 2001a, 166; cf. 172. La clasificación de los derechos fundamentales puede verse también en Ferrajoli 2001b, 294.

⁴⁹⁴ “...la acepción de «democracia» en el discurso de Ferrajoli me parece demasiado genérica (...) termina... por hacerla totalmente vaga y ambigua (...) la igualdad que pertenece a la democracia... no es la igualdad en los derechos fundamentales de todo tipo, sino en los derechos *específicamente políticos*” (Bovero 2001, 239).

⁴⁹⁵ Ferrajoli 2001b, 343.

⁴⁹⁶ “Siempre es posible, en vías de principio, que con métodos democráticos se supriman los mismos métodos democráticos. Siempre es posible en formas democráticas, o sea, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación: el breve, el entero sistema de reglas en el cual consiste la democracia política. No son hipótesis de escuela: se trata de las terribles experiencias de nazismo y del fascismo del siglo pasado, que conquistaron el poder en formas democráticas y luego lo entregaron «democráticamente» a un jefe que suprimió la democracia” (Ferrajoli, 2003, 229). Cf. Ferrajoli 2001b, 345.

⁴⁹⁷ Cf. Ferrajoli 2001b, 345-346.

No sabría encontrar –concluye Ferrajoli– una formulación más clara de ambas razones que esta afirmación de Bobbio: «la democracia no es sólo un método, sino también un ideal: el ideal igualitario. Donde esta idea no inspira a los gobernantes de un régimen que se llama democrático, la democracia es un nombre en vano. No puedo separar la democracia formal de la sustancial. Tengo el presentimiento de que donde sólo existe la primera, un régimen democrático no está destinado a durar» (Carta a Guido Fassó).⁴⁹⁸

Pues bien, resulta ser, tal y como se adivina en la primera de las razones aducidas por Ferrajoli para justificar el uso de la expresión “democracia sustancial”, que ésta no es sino sinonímica de “estado constitucional de derecho”; o, lo que es igual, que las dimensiones formal y sustancial permiten caracterizar no la democracia, sin más, sino “la democracia constitucional”⁴⁹⁹. Así, la democracia ferrajoliana es el Estado constitucional democrático y social, que tiene, ciertamente, una dimensión formal y otra de carácter sustancial. Tenemos, en definitiva, que el debate generado en torno a la democracia sustancial posee sólo un alcance terminológico⁵⁰⁰, limitándose a la idoneidad del término “democracia”, que Ferrajoli defiende vivamente, para designar los aspectos sustanciales del Estado constitucional democrático y social⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Ferrajoli 2001b, 346. Es evidente que estas consideraciones de Bobbio contrastan con el carácter procedimental de la definición mínima de democracia más arriba citada.

⁴⁹⁹ Ferrajoli 2001b, 345. Cf. Ferrajoli 2003, 230. “En todos los casos, en efecto, «democracia» designa, como escribe con justicia Bovero, una *cracia* (...) Y, sin embargo, hecha esta importante precisión, queda por definir la específica naturaleza de los caracteres específicos de esa particular «cracia», «forma de poder» o «forma de gobierno» democrática que es el estado democrático-constitucional de derecho. No es, en efecto, de la simple democracia política, y ni siquiera de la democracia en general de la que estamos hablando aquí, sino más de una específica democracia que es la *democracia constitucional*” (Ferrajoli 2001b, 343).

⁵⁰⁰ No así la polémica suscitada por otros aspectos del modelo garantista y que son, a nuestro entender, consecuencias de la tesis de la indisponibilidad de los derechos. Se ha reprochado, por ejemplo, a tal modelo la despolitización tanto de los derechos como de la propia democracia, que se vería expulsada del ámbito jurídico y situada en las luchas sociales y culturales; una concepción de la Constitución *sub specie aeternitatis*, que relegaría el autogobierno a un ejercicio perteneciente al pasado y, por lo mismo, inaccesible para las nuevas generaciones; y el riesgo aristocrático de una república gobernada por filósofos (jueces) responsables de la interpretación de la Constitución y facultados para la toma de decisiones vinculantes (cf. Greppi 2005, 352-356; Vitale 2001b, 63-73; Pintore 2001, 255-258).

⁵⁰¹ Subsiste, en apariencia, un cierto desacuerdo. Bovero entiende que “la «esfera de lo no decidible», en cuanto *tal*, no es (oportunamente identificable con) una *esfera* de la democracia, sino que queda (ubicada) *fuera* de la democracia” (Bovero 2001, 241). Ferrajoli, por su parte, enfatiza que “en esa específica forma de democracia... el poder del pueblo... es un «poder limitado», como admite el propio Bovero, por los derechos fundamentales... No se comprende entonces por qué este límite, que forma su característica esencial y distintiva, pueda ser ignorado o, de todos modos, «ubicada fuera de la democracia», bien entendido, constitucional” (Ferrajoli 2001b, 344). Sucede, a nuestro juicio, que si democracia significa “democracia constitucional”, entonces los límites y vínculos de las decisiones quedan dentro de la misma, mientras que pasan a estar fuera si por democracia entendemos la “democracia política”.

Por nuestra parte entendemos, tal y como diversos autores han expresado y enseguida habremos de intentar justificar, que resulta preferible mantener el significado léxico tradicionalmente atribuido al término “democracia”⁵⁰². Continúa, sin embargo, argumentando Ferrajoli:

*Pero no sólo eso. La misma dimensión política de la democracia resultará garantizada constitucionalmente allí donde los derechos políticos y sus diversas formas –el sufragio universal, el principio de mayoría e, incluso, un determinado sistema electoral, como por ejemplo el proporcional, capaz de asegurar la máxima igualdad y representación de los votos emitidos– estén establecidos en las constituciones como vínculos sustanciales a las decisiones legislativas. Lo que es forma de la democracia se vuelve sustancia, es decir, límite y vínculo de contenido, cuando ella se protege a sí misma.*⁵⁰³

Es suficiente con decir, en nuestra opinión, que la democracia tiene como condición de posibilidad el reconocimiento de los derechos políticos o, mejor aún, que cualquier institucionalidad democrática no es sino un intento, más o menos exitoso, de objetivación político-jurídica de la dignidad humana en su versión de principio de subjetividad política⁵⁰⁴, lo cual implica aceptar que, como *ethos* objetivo que es, “la democracia vive de presupuestos que ella misma no puede garantizar”⁵⁰⁵. En cambio, denominar “sustancia” a la constitucionalización de los derechos políticos y sus diversas formas obligaría, en buena lógica, a considerar igualmente sustancial toda forma jurídicamente normada y, con ello, a disolver la fundamental y muy pertinente distinción entre forma y contenido.

B. La “democracia asociativa” de Dworkin

Dworkin ha procedido a distinguir dos concepciones de la democracia, la mayoritaria y la asociativa. Denomina mayoritaria a aquella para la cual la democracia es el gobierno de acuerdo

⁵⁰² Puede verse, por ejemplo, Pintore 2001, 250-251; Greppi 2005, 351. Ya Kelsen señaló que “es una manifiesta corrupción de la terminología aplicar el vocablo «democracia», que tanto ideológica como prácticamente significa un determinado método para la creación del orden social, al contenido de ese mismo orden, que es cosa completamente independiente” (Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*, citado por Aragón 2002, 23).

⁵⁰³ Ferrajoli 2001b, 344.

⁵⁰⁴ “...la sustancia de la democracia es sólo el principio de autolegislación, y no la Constitución, ni la idea misma de los derechos individuales. Desde el punto de vista de la democracia..., el único interés sustancial concierne al respeto de la autonomía deliberativa, residiendo el principio democrático en el ideal regulativo de la autolegislación” (Palombella 1999b, 576).

⁵⁰⁵ Miranda 1996, 172.

con la voluntad de la mayoría, y asociativa a la que sostiene que la democracia consiste en que “las personas se gobiernan a sí mismas cada cual como asociado de pleno derecho de una empresa política colectiva, de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas sólo si se cumplen ciertas condiciones que protegen la condición y los intereses de cada ciudadano en tanto asociado de pleno derecho a esa empresa”⁵⁰⁶. Especifica que, mientras que la concepción mayoritaria pretende tener un carácter meramente procedimental, la asociativa considera la democracia como dependiente “del resto de la moralidad política” o, en otros términos, como “un ideal sustantivo no meramente procedimental”⁵⁰⁷.

Pues bien, dado que Dworkin propugna la concepción asociativa en detrimento de la mayoritaria, cabe decir que milita en las filas de la democracia sustancial. Sucede, sin embargo, que la suya es una teoría empírica relativa a los Estados Unidos y que, cuando sostiene la validez de la concepción asociativa para ese país, está refiriéndose no únicamente a su sistema político, sino al conjunto de su ordenamiento constitucional, es decir, tanto al gobierno de la mayoría como a los derechos de los individuos. Ello permite entender que afirme: “Estados Unidos no es ciertamente un ejemplo puro de la concepción mayoritaria de la democracia. Los fundadores no pretendieron serlo, puesto que limitaron el poder de las mayorías políticas de muy diversas maneras: proporcionaron un conjunto de derechos constitucionales individuales... como triunfos que prevalecen sobre el poder de la mayoría”⁵⁰⁸. Vale, por lo tanto, decir, como en el caso de Ferrajoli, que la “democracia asociativa” de Dworkin designa conjuntamente el principio democrático y el liberal.

⁵⁰⁶ Dworkin 2008, 167-168. Cf. Dworkin 2003, 389-396.

⁵⁰⁷ Dworkin 2008, 170-171.

⁵⁰⁸ Dworkin 2008, 168. Ely, por el contrario, sostiene que la *Constitución* estadounidense se ocupa muy especialmente de la equidad procedimental: “La Constitución original estaba principal, si no abrumadoramente, dedicada a problemas de proceso y estructura y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos”. “Nuestra Constitución siempre ha estado sustancialmente preocupada por la preservación de la libertad (...) La pregunta pertinente para nuestra investigación, no obstante, es cómo ha sido perseguido ese objetivo. La respuesta principal a este interrogante... es que se ha hecho a través de un conjunto bastante extenso de protecciones procedimentales y mediante un esquema, aún más complejo, diseñado para garantizar que, en lo referente a opciones sustantivas, los procesos de decisión estén abiertos a todos de una forma que se aproxime a una base de igualdad y que quienes toman las decisiones tengan el deber de tomar en cuenta los intereses de todos los afectados (...) La Constitución norteamericana, en general, ha seguido siendo entonces una Constitución propiamente dicha, preocupada por problemas constitutivos. Lo que la ha distinguido, así como a los Estados Unidos, ha sido un proceso de gobierno, no una ideología gobernante” (Ely 1997, 118 y 126-127 respect.).

3.6.2. La democracia es un procedimiento

Las anteriores referencias a Ferrajoli y a Dworkin ⁵⁰⁹, promotores de concepciones materiales de la democracia, nos permiten concluir que tanto la “democracia sustancial” de aquél como la “asociativa” de éste hacen referencia al neoconstitucionalismo, es decir, a la combinación de los principios democrático y liberal.

Según nuestro propio criterio, resulta preferible reservar el término “democracia” para designar el régimen político de autogobierno en razón de la claridad que proporciona atenerse al habitual significado léxico del término.

Más aún, tal uso nos parece obligado en orden a evitar que se amalgamen los dos principios que constituyen el Estado constitucional democrático y social, y que, por más que mutuamente se necesiten, es necesario seguir distinguiendo puesto que representan otros tantos enfoques normativos sobre la vida política: el principio democrático, situado en el plano de la instancia de toma de decisiones políticas, postula el autogobierno, mientras que el principio liberal, situado en el plano del alcance de la competencia política, establece límites para la misma. Saber quién debe ejercer poder político y cuál es el ámbito de relevancia del mismo son dos cuestiones entre las que existe una insoslayable diferencia, que la concepción sustancial de la democracia no puede sino desdibujar.

El propio Ferrajoli, por lo demás, denomina formal a la dimensión política de la democracia, es decir, a la democracia *tout court* o en sentido propio, que es un régimen político o una forma de gobierno. Dworkin, por su parte, señala que la democracia en tanto que gobierno de acuerdo con la voluntad de la mayoría tiene un carácter meramente procedimental. En efecto, la democracia es, a nuestro entender, un procedimiento de toma de decisiones consistente, en última instancia, en la atribución de la competencia política a la mayoría de los ciudadanos, pudiendo ésta, en

⁵⁰⁹ Sucede lo mismo con Manuel Aragón, quien se opone a la concepción procedimental de la democracia de Kelsen, sosteniendo que “en la democracia constitucional no pueden separarse creación del orden y contenido de ese orden” (Aragón 2002, 23).

razón del objeto, del momento y de las circunstancias de cada decisión, ser definida de forma reforzada (cualificada), mayoritaria o, incluso, simple ⁵¹⁰.

A. Objetivación de una epistemología política negativa

Ahora bien, resulta interesante avanzar en esa dirección para, nuevamente con la ayuda de los aportes llevados a cabo por Castoriadis y por Ossipow, tratar de poner en relación el método democrático con lo que podría denominarse una epistemología política negativa.

Por epistemología política entendemos un saber (o ausencia del mismo) acerca de las decisiones políticas que deben ser tomadas. Hablamos, en ese sentido, de una epistemología política positiva para designar la presunción de la existencia y disponibilidad de un caudal de conocimiento político certero; y de una epistemología política negativa para significar la convicción de la inexistencia y/o indisponibilidad del mismo.

Pues bien, determinados regímenes políticos constituyen una respuesta positiva a la pregunta *¿sabemos cuál es la opción correcta?*: “Es propio de los sistemas que funcionan con una epistemología positiva... el hablar en nombre de una idea del bien revelada y aplicable por sus representantes” ⁵¹¹. Tal sería el caso de los regímenes autoritarios, que pueden ser considerados como aplicación del conocimiento político de que es portador no sólo el libro sagrado, sino también una particular tradición ideológica, el ideario del partido único, el testamento del líder máximo, etcétera, o, con otras palabras, como objetivación de una epistemología política positiva.

En cambio, otros regímenes políticos, los democráticos, presuponen la inexistencia y/o indisponibilidad de un conocimiento político infalible. Como señala Castoriadis, “si un conocimiento seguro y total (*epistéme*) del dominio humano fuera posible, la política alcanzaría de inmediato su fin, y la democracia sería a la vez imposible y absurda, pues la democracia

⁵¹⁰ “La democracia... es una *cracia*, esto es, una forma de poder (de régimen político, una forma de gobierno), definida respecto a las otras *cracias* por un cierto conjunto de reglas, de competencia y de procedimiento, para la adopción de las decisiones colectivas”. La democracia sustancial “es una fórmula, desde mi punto de vista, contradictoria: si es «democracia» no es «sustancial», si es «sustancial» no es «democracia»” (Bovero 2001, 241).

⁵¹¹ Ossipow 2008, 1. Cf. Ossipow 1994a, 9-56.

supone que todos los ciudadanos tienen la posibilidad de conseguir una *dóxa* correcta, y que nadie posee una *epistéme* de las cosas políticas”⁵¹². Ossipow, por su parte, afirma que la modernidad, imbuida del ideal democrático, “está caracterizada por un *no saber radical*, una epistemología negativa, una conciencia de la falta de conocimiento certero que pueda, en toda circunstancia, garantizar un toma de decisión justa (...) Las decisiones tomadas por las democracias liberales están sometidas a la contingencia, dada la ausencia de certezas (científicas e ideológicas) y a la gran variedad de intereses sociales en competición”⁵¹³. Tenemos, a fin de cuentas, que un régimen democrático resulta ser incompatible con una epistemología política positiva y que, muy al contrario, presupone incertidumbre o, lo que es igual, objetiva una epistemología política negativa.

Lo anterior, sin embargo, no implica que la democracia resulte ajena a todo tipo de racionalidad. En modo alguno expresaría, ciertamente, una racionalidad sustantiva, pero sí otra de tipo formal. *No sabemos cuál es la opción correcta («qué» demos de decidir), pero sí sabemos cuál es el método para adoptar una («cómo» hemos de decidirlo):* he aquí una posible formulación de la racionalidad que la democracia vehicula y cristaliza.

B. Objetivación del *ethos* de la subjetividad

La anterior conceptualización de la democracia, en el marco de la teoría sociológica del imaginario social, como objetivación de una epistemología política negativa permite, por un lado, abundar en la corrección de la concepción procedimental de la misma que resulta cónsona con su significado léxico habitual y, por el otro, distinguir los dos principios del Estado constitucional democrático y social.

Valga aclarar que son dos las razones por las que tal conceptualización no equivale a –ni implica– una interpretación del fenómeno neoconstitucional en claves políticas agnósticas, relativistas o escépticas.

⁵¹² Castoriadis, Cornelius. *La polis griega y la creación de la democracia*, citado por García Gual, 1988, 80. En el griego clásico *dóxa* significa opinión comúnmente admitida (cf. Pino 2009, 15).

⁵¹³ Ossipow 2008, 1.

La primera de ellas es que, estableciendo diversos vínculos sustanciales, positivos y negativos, que afectan a la validez de las decisiones democráticas, tanto los derechos fundamentales como otros principios constitucionales representan otras tantas expresiones de una epistemología política positiva, en razón de la cual determinadas acciones se encuentran mandadas y otras prohibidas ⁵¹⁴. Esto es así porque, con fundamento o sin él –asunto que remite a la ética cívica de la que nos ocuparemos en el capítulo cuarto– sabemos o, al menos, creemos saber que las primeras deben realizarse y las segundas evitarse. Parece, pues, meridianamente claro que las normas jurídicas que expresan mandatos y prohibiciones objetivan una epistemología positiva.

Es verdad que la permisión, tercera de las modalidades deónticas básicas ⁵¹⁵, se encuentra igualmente presente en el ordenamiento jurídico neoconstitucional y que los correspondientes enunciados, puesto que no establecen ni mandatos ni prohibiciones, pueden ser razonablemente pensados como un ámbito de epistemología negativa: permitimos una determinada acción porque no sabemos si debe realizarse o si, por el contrario, debe evitarse. No es menos cierto, sin embargo, que es ese ámbito de permisión el que posibilita el ejercicio de la autonomía individual de los ciudadanos de acuerdo con lo que denominaremos sus respectivas éticas de máximos (Cortina) o doctrinas comprensivas del bien (Rawls), que, en última instancia y clave aristotélica, se ordenan a la consecución de una vida feliz. Tal es el ámbito en que Kant hacía residir el principio de la libertad de los miembros de la sociedad en cuanto hombres con vistas a

⁵¹⁴ Creemos que incluso una concepción de la Constitución como derecho dúctil, al modo de la de Zagrebelsky, no puede dejar de reconocer una tal epistemología positiva. Es verdad que enfatiza la presencia en el texto constitucional de los plurales intereses, ideologías y proyectos de que son portadores los diversos grupos sociales y políticos en competición, “sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado” (Zagrebelsky 1997, 13), pluralidad que imprimiría a la Constitución un carácter abierto y haría de ella, no un punto de partida, sino un lugar de convergencia. De ahí que, para Zagrebelsky, la política constitucional ya no sea ejecución necesaria de la Constitución, sino “realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva” (Zagrebelsky 1997, 14). “Hoy en día el significado debe ser construido. Éste es el rasgo característico de la situación actual. Las categorías del derecho constitucional... deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un «centro» de ordenación” (Zagrebelsky 1997, 13). No es menos cierto que, en medio de la ductibilidad que atribuye al actual derecho constitucional, considera que corresponde un carácter absoluto a los metavalores, desde el punto de vista sustancial, del pluralismo de los principios y, desde el punto de vista formal, de la lealtad en la competición entre los mismos (cf. Zagrebelsky 1997, 9-20).

⁵¹⁵ Sobre el mandato, la prohibición y la permisión como modalidades deónticas básicas, cf. Alexy 1993, 52 ss.

que cada cual pudiese buscar la felicidad a su propio modo ⁵¹⁶. Pues bien, el espacio jurídico de la permisión expresa, desde este punto de vista, una epistemología política positiva: sabemos o, al menos, creemos saber que deben evitarse las intromisiones en las búsquedas individuales de la felicidad; permitimos determinadas acciones porque tenemos conciencia de que la autonomía individual no sólo es valiosa, sino que constituye un aspecto irrenunciable de la dignidad personal. Tenemos, en suma, que lo jurídicamente permitido puede ser comprendido como un espacio de intersección entre una epistemología política negativa y otra de tipo positivo ⁵¹⁷.

La segunda razón por la que la conceptualización de la democracia como objetivación de una epistemología política negativa no ha de ser confundida con una interpretación del fenómeno neoconstitucional en claves políticas agnósticas, relativistas o escépticas es que el propio método democrático constituye una objetivación del *ethos* de la subjetividad. Veamos este punto.

Junto a, por un lado, las acciones tanto mandadas como prohibidas y, por el otro, las permitidas, el ordenamiento neoconstitucional establece que determinadas decisiones han de resultar de la aplicación de procedimientos democráticos. A diferencia de las pretensiones subyacentes al espacio del mandato y de la prohibición, donde consideramos que es respectivamente necesario que determinadas acciones sucedan y que otras no sucedan, y al de la permisión, donde

⁵¹⁶ Kant 2004b, 206. “Un gobierno paternalista..., en el que los súbditos, como niños menores de edad..., se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe del Estado cómo deban ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor despotismo imaginable” (Kant 2004b, 207).

⁵¹⁷ “El principio de libertad jurídica, principio que inicialmente vino asociado con el derecho privado clásico, exige «que el individuo tenga el mayor grado posible (relativamente a las posibilidades jurídicas y fácticas) de libertad de hacer o dejar de hacer lo que quiera» (Alexy). Este principio coincide con el derecho general del hombre de Kant, el derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción. Como los espacios de opción de sujetos que actúan ateniéndose a su propio arbitrio han de venir restringidos lo menos posible por prohibiciones o mandatos, este principio *garantiza* directamente los espacios de acción negativamente delimitados para la persecución de los propios intereses de cada cual; pero a la vez *posibilita* una configuración autónoma de la existencia en el sentido ético de persecución de un proyecto de vida racionalmente elegido que sea expresión de la «autonomía», de la «autorresponsabilidad» y del «libre desarrollo» de la personalidad. La libertad positiva de la persona ética se realiza en la ejecución consciente de la propia vida individual y se manifiesta en aquellos ámbitos básicos de la vida privada en los que las vidas de quienes pertenecen a un «mundo de la vida» intersubjetivamente compartido se entrelazan en el marco de tradiciones comunes y en el plano de interacciones simples. En cuanto que libertad ética, esta libertad escapa a la regulación jurídica, pero viene posibilitada por la libertad jurídica” (Habermas 1998, 481).

estimamos que, aunque pudiendo legítimamente acontecer, no es necesario que una determinada acción tenga lugar, en este tercer espacio entendemos que alguna decisión vinculante debe necesariamente ser tomada, pero no sabemos la modalidad deóntica a que ha de pertenecer, es decir, si ha de consistir en un mandato, en una prohibición o en una permisión, y/o cuál ha de ser su contenido. Son éstas las decisiones que sometemos al método democrático, que previamente hemos conceptualizado como objetivación de una epistemología política negativa.

Sucede, no obstante, que la democracia representa un método específico y muy diferente de otros posibles métodos. Sabemos, por ejemplo, que su particular sentido de la igualdad condujo a los antiguos atenienses del período democrático a la asignación de la mayor parte de las funciones ejecutivas mediante el método del sorteo ⁵¹⁸. Ahora bien, es exactamente el método democrático, que consiste, en última instancia, en una regla mayoritaria, pero que igualmente incorpora algún tipo de proceso de deliberación o debate, el adoptado por la modernidad política y por el neoconstitucionalismo para resolver las cuestiones pertenecientes a este tercer espacio. “Procedimientos y *ethos* no tienen por qué ser opciones disyuntivas, ya que la percepción de un procedimiento como valioso genera un *ethos* correspondiente” ⁵¹⁹. En efecto, hemos adoptado el método democrático porque aparece a nuestra conciencia moderna como valioso o éticamente fundado ⁵²⁰, más aún, como el único acorde tanto con la antropología mínima del hombre como

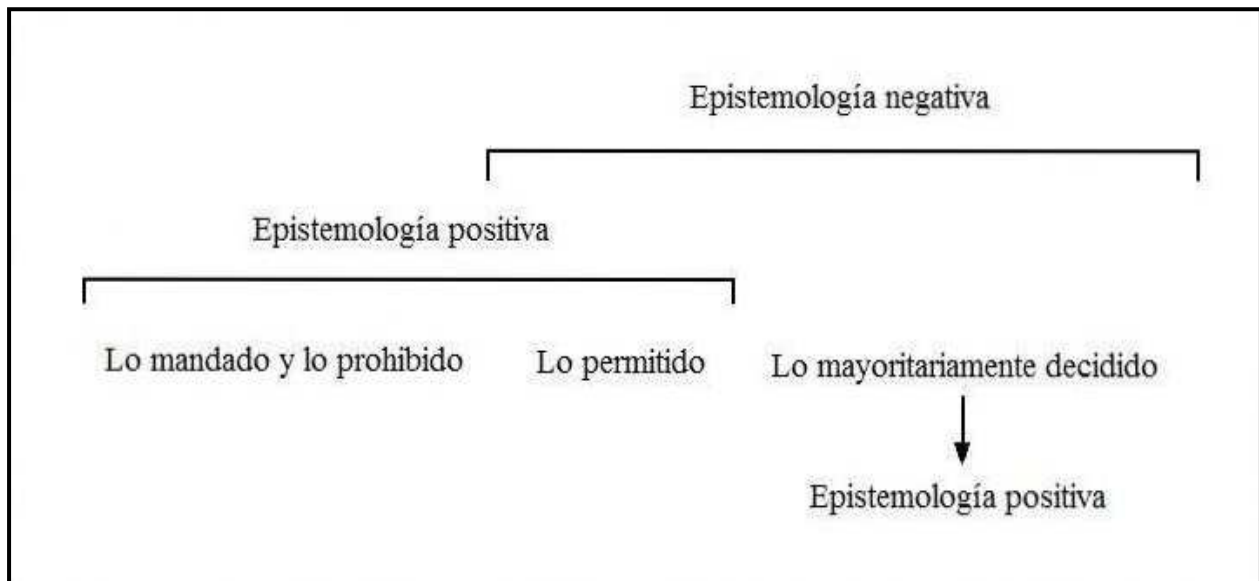
⁵¹⁸ “Si la justificación de la regla de la mayoría es estrechamente «procedimental» –por ejemplo, porque es necesario que toda discusión tenga término–, entonces cualquier regla podría tener la misma justificación: sortear la decisión, por ejemplo” (Castoriadis 1996, 8-9).

⁵¹⁹ Cortina 2007b, 224. “En realidad, todo induce a pensar que, contando sólo con procedimientos, no podríamos en el ámbito de lo público ir a ninguna parte, mientras que no hay por qué descartar la posibilidad –e incluso la necesidad– de contar con una justificación del recurso a lo procedimental” (Ollero 2007, 33).

⁵²⁰ Por eso ha podido decirse, por ejemplo, desde la ética discursiva: “La democracia, como aproximación a esta exigencia ideal, es, por tanto, algo más que un conjunto de procedimientos neutrales, a cuyo seguimiento nos decidimos en virtud de motivos pragmáticos; ella misma tiene su fundamentación ético-normativa en la ética de la comunidad ideal de comunicación, que ya siempre hemos aceptado al argumentar” (Apel, citado por Cortina 1993, 107). El principio mayoritario es “una regla fundamental de la democracia, que es el prototipo del puro procedimentalismo (...) De por sí el principio de la mayoría está desprovisto de cualquier valor epistémico. El hecho de que una resolución sea agradable a la mayoría de los votantes (y aun a todos), considerados de modo agregativo, no dice nada sobre su verdad o justicia. El sacrificio de las opiniones de la minoría es justificado sólo por una razón cuantitativa. Es el mal menor (...) El carácter meramente procedimental del principio de mayoría hace que su justificación repose exclusivamente sobre la equidad del procedimiento mismo, y no ya sobre la imprescindible justeza de sus resultados” (Viola 2006, 26-28).

interlocutor válido como con el principio de subjetividad política de la ciudadanía que aquélla posibilita y que no es, a fin de cuentas, sino una versión de la autoconciencia de la dignidad.

El método democrático representa, por consiguiente, una objetivación del *ethos* de la subjetividad política, según el cual, los ciudadanos, en tanto que afectados por las decisiones vinculadamente tomadas para todos y cada uno de ellos, han de poder participar en la adopción de las mismas. La democracia es, en definitiva, un fenómeno moral.



Además, en tanto que proyección político-jurídica de la dimensión social de los seres humanos, cuyo cultivo exige que exista entre ellos igualdad, el método democrático, tal y como es planteado en el modelo neoconstitucional, es decir, en condiciones de sufragio universal ⁵²¹, constituye, efectivamente, una objetivación de tal igualdad.

Por lo tanto, no es sólo que el Estado constitucional democrático y social globalmente tomado no pueda ser interpretado en claves políticas agnósticas, relativistas o escépticas, sino que tampoco puede serlo el propio principio democrático, muy a pesar de que no falten quienes así lo

⁵²¹ “Ha sido bien notado que eso que convierte el principio mayoritario en una regla democrática no es tanto su estructura interna, sino más bien la presencia del principio del sufragio universal, esto es, de la idea de igualdad política. El reconocimiento de que todos los individuos tienen igual valor político confiere al principio mayoritario aquel carácter democrático que de por sí no posee” (Viola 2006, 29). “La regla mayoritaria no puede ser justificada si no se admite el valor igual, en el campo de lo contingente y lo probable, de las *doxai* (opiniones) de individuos libres” (Castoriadis 1996, 9).

defiendan ⁵²². Se trata, ciertamente, de un principio procedimental, que, en cuanto tal, expresa una epistemología política negativa, pero las anteriores consideraciones permiten –y obligan a– concluir que, tratándose, específicamente, del método democrático en régimen de sufragio universal, su condición última es de índole netamente moral. La democracia refleja, en última instancia, una epistemología política positiva; es *ethos* objetivo del principio de subjetividad y del valor de la igualdad, aspectos ambos de la antroponomía de la dignidad.

Vale la pena indicar, aunque sólo sea de paso, que es esta misma perspectiva desde la que los procedimientos son considerados como *ethos* objetivo la que ha permitido a Kriete rechazar la tesis weberiana según la cual el funcionamiento del Estado moderno se basa en la racionalidad formal-legal, sosteniendo, por el contrario, que “la racionalidad material es el motor que impulsa a la historia universal desde el comienzo de la época moderna; es el corazón palpitante del Estado moderno” ⁵²³.

3.7. El sustrato sustantivo de las teorías procedimentales de la justicia

Para cerrar el presente capítulo quisiéramos reconsiderar brevemente no sólo ya la ética discursiva de Habermas, que anteriormente hemos presentado como formal o procedimental, sino, en general, las teorías procedimentales de la justicia. El propósito consiste en preguntarnos si realmente operan con un procedimentalismo puro o si, por el contrario, sus reglas

⁵²² Es correcto, tal y como ha afirmado Solozábal, que la democracia “es un orden político abierto y libre. La primera característica se refiere a las posibilidades del sistema político democrático que no están relacionadas necesariamente con ninguna finalidad o exigencia que no consistan precisamente en asegurar hacia el futuro dichos rasgos de apertura y libertad. Esto quiere decir que no hay ningún fin político de consecución incuestionable”. No lo es la conclusión que de ahí pretende extraer: “La democracia es, por ello, un sistema que... se basa en el relativismo y el escepticismo” (Solozábal 2000). En el marco de la doctrina social de la Iglesia católica se ha rechazado “que el agnosticismo y el relativismo escéptico son la filosofía y la actitud fundamental correspondientes a las formas políticas democráticas” (cf. Juan Pablo II 1999, n. 46b).

⁵²³ Kriete 1980, 39. “Incluso la legalidad formal requiere una tal fundamentación material-racional y es limitada y relativizada por consideraciones material-rationales. El que el derecho sea recogido en leyes y códigos y consista de normas abstractas y generales, capaces de subsunción, tiene sus bases razonables: seguridad jurídica confiabilidad, previsibilidad, calculabilidad. La racionalidad formal no es, por lo tanto, un fin en sí mismo, sino sirve a las razones material-rationales. Éstas tienen siempre la última palabra. Lo mismo vale para las limitaciones a la formalidad (...) La formalidad... no se impone en todas las circunstancias. Descansa sobre razones material-rationales que valen para el caso normal, pero ceden en casos excepcionales frente a otras razones material-rationales más fuertes” (Kriete 1980, 37-38).

metodológicas contienen implícitamente algún tipo de sustantivismo. Habermas toma buena nota del pluralismo moral que caracteriza la modernidad, en la que cada una de las éticas de bienes y valores socialmente presentes sólo puede razonablemente pretender una validez contextual:

La atractividad de los valores tiene el sentido relativo de una apreciación de bienes a la que se está habituado o que se ha adoptado en una determinada cultura o en una determinada forma de vida: las decisiones valorativas decisivas o preferencias de orden superior dicen qué es lo que, consideradas las cosas en conjunto, es bueno para nosotros (o para mí)”⁵²⁴. Considera, en otros términos, que las premisas de cada una de esas éticas son demasiado fuertes como para poder fundamentar decisiones que, siendo universalmente aceptadas, puedan ser consideradas justas y, por ende, vinculantes. Es la razón por la cual, según él, “sólo las teorías de la moral y de la justicia construidas procedimentalmente prometen un procedimiento imparcial para fundamentar y ponderar principios”⁵²⁵.

Ocurre, sin embargo, que el propio método por él propugnado está imbuido de la concepción de la autonomía moral de las personas y se vincula a un tipo de validez conectado al proceso de dilucidación discursiva, en el cual se destaca el carácter dialógico de ser humano⁵²⁶. De hecho, en su disputa con Rawls, éste le ha hecho notar que de ningún modo puede decirse que su ética discursiva sea meramente procedimental, pues en ella operan cinco valores de procedimiento que se encuentran relacionados con otros tantos juicios sustantivos⁵²⁷. Igualmente le señala que, tal y

⁵²⁴ Habermas 1998, 328.

⁵²⁵ Habermas, Jürgen. *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, citado por Cortina 2007b, 174.

⁵²⁶ Cf. Vallespín 1998, 30. Cortina señala que la racionalidad universal que el método discursivo pretende garantizar se revela como trascendente por relación a la praxis cotidiana: “Las pretensiones de validez del habla trascienden en su exigencia universal los límites contextuales de la praxis determinada. Un «resto de metafísica» (Conill) queda, pues, en ese carácter trascendente, categórico, de la racionalidad comunicativa: el resto de metafísica necesario para combatir la metafísica, pero que debería impedir a Habermas llamar a nuestro tiempo «postmetafísico»; precisamente porque es este resto el que dota de sentido, de un canon normativo y crítico” (Cortina 2007b, 175-176).

⁵²⁷ “Cuanto más igual e imparcial, cuanto más abierto es ese proceso [el procedimiento discursivo] y menos participantes resultan coaccionados, estarán más dispuestos a ser guiados por la fuerza del mejor argumento y con mayor probabilidad los verdaderos intereses generalizables será aceptados por todas las personas afectadas de modo relevante. Hay aquí cinco valores que sin pensarlo parecen ser valores del procedimiento –imparcialidad e igualdad, el carácter abierto (no se excluye ninguna información relevante, ninguna en general), la ausencia de coerción y la unanimidad–, valores que combinados guían la discusión hacia sobre los intereses generalizables hacia el acuerdo de todos los participantes. Este resultado es ciertamente sustantivo, ya que se refiere a la situación en la que los intereses generalizables de los ciudadanos están satisfechos. Además, los anteriores cinco valores se relacionan con juicios sustantivos si la razón de que dichos valores se incluyan como parte del procedimiento es que son necesarios para hacer que los resultados sean justos y razonables” (Rawls 1998, 133).

como parece desprenderse del último párrafo de *Facticidad y validez*, el propio Habermas reconoce que su concepción no puede ser sólo formal ⁵²⁸.

Esta comprensión paradigmática [el paradigma procedimental del derecho], al igual que el Estado de derecho mismo, conserva un núcleo dogmático, a saber, la idea de autonomía, conforme a la cual los hombres sólo pueden actuar como sujetos libres en la medida en que sólo obedezcan a las leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado. Pero esta idea sólo es «dogmática» en un sentido inofensivo. Pues en esta idea no hace sino expresarse una tensión entre facticidad y validez, que viene dada con el 'factum' de la estructuración lingüística de las formas de vida socioculturales; «dada», es decir, que para nosotros, que hemos desarrollado nuestra identidad en tal forma de vida, resulta irrebable.⁵²⁹

Son, en efecto, tanto esa “dogmática” de la autonomía, que representa un presupuesto cultural de la forma de vida moderna, como la antropología del interlocutor válido las que sustentan el procedimiento dialógico y cristalizan en él, lo que arruina completamente cualquier neutralidad sustantiva que la ética del discurso pudiera pretender.

Rawls, por su parte, aunque en *Teoría de la justicia* prefirió dejar de lado la cuestión relativa a la neutralidad moral de la posición original ⁵³⁰, posteriormente ha aclarado su tesis al respecto:

La justicia como equidad no es neutral procedimentalmente. Sus principios de justicia, obvio es decirlo, son substantivos y, por lo tanto, expresan mucho más que valores procedimentales; y lo mismo vale para sus concepciones políticas de la sociedad y de la persona, que están representadas en la posición original. Como concepción política, trata de convertirse en el foco de un consenso entrecruzado. Es decir, el conjunto de la concepción aspira a articular una base pública de justificación para la estructura básica de un régimen constitucional. Y aspira a hacerlo a partir de la elaboración de ideas fundamentales intuitivas implícitas en la cultura política pública y abstrayéndose de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales. Busca un suelo común –o, si se prefiere, un suelo neutral– a la vista del hecho del

⁵²⁸ Cf. Rawls 1998, 134.

⁵²⁹ Habermas 1998, 532.

⁵³⁰ “Yo no digo que la concepción de la situación original carezca, en sí misma, de fuerza moral, o que la familia de conceptos en que se apoya sea éticamente neutral. Lo que hago es, simplemente, dejar de lado esta cuestión” (Rawls 1978, 639).

*pluralismo. Ese suelo común es la misma concepción política en tanto que foco de un consenso entrecruzado. Mas un suelo común así definido no es un suelo procedimentalmente neutral.*⁵³¹

También Alexy se ha pronunciado sobre esta cuestión, haciendo notar de forma explícita que las reglas de la teoría del discurso expresan argumentativamente las ideas de libertad e igualdad entre las personas, de tal forma que “la estructura de la argumentación contiene la estructura de la justicia”⁵³².

Walzer, finalmente, llama la atención sobre la importancia de los valores sustantivos presentes en las reglas de procedimiento señalando que “el mínimo procedimental resulta ser más que mínimo”, pues “una vez que se han establecido reglas de este tipo, los hablantes tienen pocos temas sustantivos sobre los que argumentar y decidir”, lo que representa una exageración manifiesta. A propósito de las relaciones interculturales, argumenta, además, que, “a menos que podamos identificar un punto de partida neutral desde el cual muchas culturas diferentes... pudieran desarrollarse, no es posible construir un mínimo procedimental. Pero tal punto de partida neutral no existe”. “Lo que hace proceder al procedimentalismo, lo que le da fuerza legitimante, es un cierto espíritu que se expresa en un conjunto de prácticas”⁵³³.

⁵³¹ Rawls 1996, 226. “El liberalismo político aspira, pues, a una concepción política de la justicia independiente. No ofrece ninguna doctrina metafísica o epistemológica específica más allá de lo que implique la concepción política misma” (Rawls 1996, 40). Su concepción política de la justicia, elaborada para un objeto específico, a saber, las instituciones políticas, sociales y económicas, “es, evidentemente, una concepción moral” (Rawls 1996, 41). “Al decir que una concepción es moral quiero decir, entre otras cosas, que su contenido viene dado por determinados ideales, principios y criterios; y que esas normas vertebran determinados valores, en este caso valores políticos” (Rawls 1996, 41, nota 11). “Considero mi réplica como una defensa del liberalismo porque cualquier concepción liberal tiene que ser sustantiva, y me parece correcto que sea así” (Rawls 1998, 129).

⁵³² “Estas reglas expresan, en el plano de la argumentación, las ideas de libertad e igualdad entre las personas. Libertad e igualdad entre las personas que garantizan que todos los argumentos son puestos en consideración y que ninguno de ellos es excluido de antemano. Al mismo tiempo cada argumento es expuesto bajo las dos condiciones de la libertad y de la igualdad a la crítica intersubjetiva. De tal modo se realizan, en el plano de los argumentos, las ideas de neutralidad y objetividad. Libertad e igualdad de las personas, y neutralidad y objetividad de los argumentos, son los elementos fundamentales de la teoría discursiva de la justicia. En resumen, la estructura de la argumentación contiene la estructura de la justicia” (Alexy 2003b, 166).

⁵³³ Walzer, Michael. *Moralidad en el ámbito local e internacional*, citado por Ollero 2007, 34, nota 11.

El gran aporte del procedimentalismo consiste, pues, en dotarnos de aquellas reglas metodológicas que pueden permitir a sociedades filosófica y moralmente plurales construir democráticamente una concepción de la justicia ampliamente compartida. Esto, como hemos pretendido mostrar, no debe hacernos perder de vista que tal método constituye la objetivación de determinadas premisas antropológicas y morales, que no son, en último término, sino las correspondientes a la antroponomía de la dignidad.

CAPÍTULO IV: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O EL SER HUMANO COMO FIN EN SÍ MISMO

Nuestra interpretación del Estado constitucional democrático y social como objetivación político-jurídica del segundo significado antropológico de la dignidad del ser humano –según el cual éste constituye un valor absoluto e intrínseco, lo que obliga moralmente a tratarlo siempre como un fin en sí mismo y a respetarlo en su autonomía– nos conduce ya al segundo de sus pilares, a saber, el principio liberal.

Efectivamente, del mismo modo que en el anterior capítulo hemos concebido el principio democrático como satisfacción de la autonomía de las personas en su dimensión social, es decir, de su igualdad en tanto que ciudadanos, nos proponemos ahora articular una comprensión del principio liberal como proyección político-jurídica de la autonomía de las mismas en la dimensión individual de sus vidas o, lo que es igual, de su libertad en tanto que hombres.

4.1. Dignidad y derechos fundamentales

El principio liberal, como sabemos, se orienta hacia la limitación del alcance del poder del Estado, sea éste democrático o autoritario, mediante el reconocimiento a los ciudadanos de una serie de derechos de carácter fundamental.

La fundamentalidad de tales derechos denota, tal y como más adelante tendremos oportunidad de considerar, su condición de principios objetivos básicos del ordenamiento jurídico tomado en su totalidad.

Lo que por el momento trataremos de mostrar es que tal fundamentalidad se debe a la inmediatez de esos derechos por relación al fundamento del Estado constitucional democrático y social, que no es otro, como venimos argumentando, que la dignidad humana ⁵³⁴.

⁵³⁴ “Hay una sola fuente de fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona” (Nogueira 2003, 81-82).

4.1.1. La dignidad, fundamento y objetivo de los derechos fundamentales

A. El plano de la dignidad y el de los derechos

Ya en el capítulo I hemos tenido ocasión de señalar que una de las consecuencias del doble estatuto antropológico-moral de la dignidad en su concepción moderna es que no existe, propiamente hablando, un derecho a la dignidad, sino que ésta aparece como el fundamento de los derechos de la persona.

El neoconstitucionalismo, por su parte, resulta coherente con tal autoconciencia, rasgo que en modo alguno ha pasado desapercibido en la doctrina ⁵³⁵.

En ese sentido cabe entender que Dworkin considere crucial “la institución de los derechos... porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas” ⁵³⁶. En su estudio sobre el valor normativo de la dignidad humana en las actuales Constituciones iberoamericanas ⁵³⁷, Rolla afirma que aquella “no es de por sí un derecho, sino que constituye la base de derechos reconocidos como fundamentales en la

⁵³⁵ Tampoco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, para la cual, “más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución” (Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-401/92*. Citada por Corte Constitucional de Colombia 2006b, 8.1). “Como principio, la dignidad humana se vierte al interior de todos los derechos fundamentales que la reafirman dentro de nuestro Estado Constitucional y democrático. Son los derechos fundamentales y el respeto a éstos, los que ponen en evidencia la trascendencia de la dignidad humana al interior de nuestra sociedad” (Corte Constitucional de Colombia 2005b, VI.I). “Cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquellos valores que son anejos a la dignidad humana” (Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-521/98*. Citada por Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 21).

⁵³⁶ Dworkin 1984, 303.

⁵³⁷ “Las constituciones más recientes, ahondando sus raíces en el constitucionalismo clásico, portan un valor añadido respecto de los modelos tradicionales y se caracterizan por algunos elementos específicos: el más interesante consiste, a nuestro juicio, en la evolución y en el enriquecimiento que ha beneficiado al principio de la personalidad, en conexión con la consolidación de las formas del *Estado social*, primero, y con su confluencia en las formas del *Estado democrático*, después” (Rolla 2002, 466). “La estrecha conexión existente entre la conquista de nuevos ordenamientos democráticos [en América Latina] y la indicación detallada de los derechos reconocidos como fundamentales, permite enfatizar los perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que los regímenes precedentes habían conculcado (...) a la base de las recientes codificaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, se encuentra una nota común, que se traduce en el valor primario de la dignidad humana, que opera como núcleo aglutinador del sistema jurídico de derechos humanos” (Rolla 2007, 6-7).

constitución; lo que significa que dignidad y derechos fundamentales de la persona no se sitúan en el mismo plano”⁵³⁸. Fernández Ssegado, por su parte, presenta en esos mismos términos el papel desempeñado por la dignidad en relación con los derechos en el ordenamiento constitucional español:

*Como razona Hernández Gil, es muy significativo y coherente con la imagen que la Constitución ofrece de la persona el hecho de que la categoría antropológico-ética de la dignidad aparezca antepuesta, afirmada ‘per se’ y no como una derivación de los derechos. De ello entresaca el citado autor que la persona no es el resultado de los derechos que le corresponden; desde luego, aun sin derechos, la persona existe en cuanto tal; por lo mismo, los derechos le son inherentes, traen de ella su causa; son exigibles por la dignidad de la persona. En definitiva, dignidad y derechos no se hallan en el mismo plano.*⁵³⁹

En lo que respecta al ámbito de los Tratados internacionales cabe reseñar que tanto en el preámbulo de *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* como en el del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* se reconoce que los derechos en ellos proclamados “se derivan” o, respectivamente, “se desprenden” “de la dignidad inherente a la persona humana”. El *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos*, “*Protocolo de San Salvador*”, atribuye la estrecha relación existente entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los civiles y políticos al hecho de que “las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana”⁵⁴⁰. Hagamos notar, finalmente, que sólo tras el establecimiento, en su artículo 1º, de la inviolabilidad de la dignidad humana, la *Carta de*

⁵³⁸ Rolla 2002, 479. “Los diversos derechos, aun poseyendo cada uno un significado específico, tutelan un bien jurídico unitario: la persona en su individualidad y dignidad. Bajo este perfil, la dignidad humana no es tanto un derecho sino el fundamento constitucional de todos los derechos” (Rolla 2007, 8).

⁵³⁹ Fernández Ssegado 2003, 25-26. También Peces-Barba considera que ha de entenderse por fundamento de los derechos “aquellas razones morales que derivan de la dignidad del hombre y que son condiciones sociales de realización de la misma, es decir, sin cuya presencia en la vida social las personas no pueden realizar todas las virtualidades presentes en ellas” (Peces-Barba. Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, citado por Barranco 2000, 374).

⁵⁴⁰ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (1969), preámbulo.

los derechos fundamentales de la Unión Europea avanza, a partir del 2º, en la enunciación de tales derechos ⁵⁴¹.

Valga abundar en la anterioridad del plano de la dignidad por relación al de los derechos indicando que el capítulo I del título II del *Anteproyecto de reforma constitucional* presentado por el Poder Ejecutivo en el Congreso Nacional de la República Dominicana trata en todas sus secciones y subsecciones acerca “de los derechos fundamentales”, excepto en la subsección 1 de la sección I, dedicada muy significativamente a la dignidad humana y en la que se puede leerse: “El Estado se funda en el respeto de la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes” (art. 28) ⁵⁴².

La dignidad humana, fundamento de los derechos fundamentales, constituye asimismo el objetivo de cada uno de ellos, que representan, por lo mismo, otros tantos medios para su protección o salvaguardia ⁵⁴³. Tales derechos positivizan la voluntad política de evitar que anteriores –o previsibles– vulneraciones de la dignidad humana tengan nuevamente lugar ⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ La *Declaración y programa de acción de Viena* de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (14 a 25 de junio de 1993) reconoce y afirma en su preámbulo que “todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana”.

⁵⁴² La Suprema Corte de Justicia ha establecido que los derechos fundamentales “tienen como fundamento los atributos de la persona humana que emanan de su dignidad inherente y son reconocidos por el sistema constitucional” (*Resolución 1920-2003*, del 13 de noviembre de 2003. Citada por Jorge 2005, I., 570).

⁵⁴³ Cf. Sandkühler 2008, 22. “Tiene sentido decir que un hombre tiene un derecho fundamental en contra del Gobierno, en el sentido fuerte... si ese derecho es necesario para proteger su dignidad, o su *status* como acreedor a la misma consideración y respeto o a algún otro valor personal de importancia similar” (Dworkin 1984, 295). Dworkin emplea la expresión “tener derecho” en sentido fuerte para significar que no debe impedirse a una persona que actúe según sus propios principios y que, por lo tanto, hacerlo, estaría mal; mientras que en sentido laxo querría decir que no hace mal en proceder según sus convicciones, aun cuando, por alguna razón, deba obligársele a actuar en contra de ellas (cf. Dworkin 1984, 282-283).

⁵⁴⁴ Los derechos fundamentales “reaccionan contra experiencias concretas de represión y vulneración de la dignidad humana. En la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra” (Habermas 1998, 470). También Dworkin entiende los derechos fundamentales como instrumentos de protección de la dignidad humana en sus dos dimensiones: “Las personas tienen derechos políticos a todas las protecciones que sean necesarias para respetar la igual importancia de sus vidas y la responsabilidad soberana de que son titulares en el momento de identificar el valor e incorporarlo a sus vidas” (Dworkin 2008, 50).

B. La dignidad o el derecho a tener derechos

Estando, por lo tanto, situada la dignidad en el plano fundante de los derechos fundamentales, no cabe decir que existe un derecho a la dignidad, sino, en todo caso, un derecho al respeto de la misma, el cual es fundamento de los derechos fundamentales o, en otros términos, principio de los principios –metaprincipio– que norman derechos.

Tal es, a nuestro juicio, la óptica en que se sitúa la *Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos*, “*Carta de Banjul*”, cuando, antes de proceder a la enunciación de los diferentes derechos a partir de su artículo 6º, proclama en el 5º que “todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”⁵⁴⁵.

También para la Corte Constitucional colombiana, “el derecho a la dignidad no es una facultad de la persona para adquirir su dignidad, ni para que el Estado se la otorgue o conceda, porque la dignidad es un atributo esencial de la persona humana; el derecho fundamental es a que se le dé un trato que respete plenamente la dignidad del ser humano”⁵⁴⁶.

Dworkin, por su parte, concibe de esa misma manera la relación entre dignidad y derechos cuando señala que “el derecho humano más básico de una persona, del cual se derivan todos los otros derechos humanos, es el derecho a ser tratado por aquellos que detentan el poder de una forma coherente con el reconocimiento de que la vida de esa persona tiene una importancia intrínseca y de que ésta es personalmente responsable de hacer realidad el valor de su vida”⁵⁴⁷, es decir, el derecho a ser tratado en consonancia con el respeto de la dignidad humana en las dos dimensiones de la misma por él identificadas.

Podemos, pues, transportar al derecho lo ya dicho, como paráfrasis de Arendt, en lenguaje filosófico, afirmando ahora que el reconocimiento constitucional de la dignidad del ser humano equivale al acatamiento de su derecho a tener derechos. Si los derechos fundamentales positivizan pretensiones morales particulares, el papel de la dignidad en el Estado constitucional

⁵⁴⁵ Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana 1981

⁵⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia 2006a, IV, 1.

⁵⁴⁷ Dworkin 2008, 53-54.

democrático y social consiste en consagrar jurídicamente “la moralidad genérica que respalda el conjunto de los derechos”⁵⁴⁸.

4.1.2. La absolutidad del respeto a la dignidad

Tanto la jurisprudencia como la doctrina que venimos citando para justificar la condición fontal de la dignidad por relación a los derechos fundamentales concluyen el valor absoluto de la primera en una perspectiva neoconstitucional. Así, según la Corte Constitucional de Colombia, la dignidad “tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que sí ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones”⁵⁴⁹. Rolla considera que la consecuencia de la anterioridad del plano de la dignidad por relación al de los derechos “es que la primera representa un valor absoluto, que no puede ser condicionado; mientras que los segundos son limitables, regulables y en algunos casos – constitucionalmente regulados– pueden ser temporalmente suprimidos”⁵⁵⁰. También para Fernández Sesgado “la dignidad se proclama como valor absoluto, con lo que ello entraña de que incluso a una persona que se comporte indignamente deba reconocérsele igual dignidad que a cualquier otra... Y por lo mismo, la dignidad se convierte en la fuente de los derechos”⁵⁵¹.

Encontramos, no obstante, que, según Alexy, la *Ley fundamental* de la República Federal de Alemania, uno de los referentes mayores del neoconstitucionalismo, no establece ningún principio absoluto. Se apoya en algunos fallos del Tribunal Constitucional para mostrar que “el principio de la dignidad de la persona... es ponderado frente a otros principios” y que, bajo determinadas condiciones, “la protección de la comunidad estatal... precede al principio de la dignidad de la persona”⁵⁵².

El principio de la dignidad de la persona puede ser realizado en diferentes grados. El que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, preceda a todos los otros principios

⁵⁴⁸ Peces-Barba 1994, 624.

⁵⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia 2005a, III, 2.1.

⁵⁵⁰ Rolla 2002, 479.

⁵⁵¹ Fernández Sesgado 2003, 26.

⁵⁵² Alexy 1993, 108.

*no fundamenta ninguna absolutidad del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia a favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones. Pero, una tesis tal de posición central vale también para otras normas de derecho fundamental. Ello no afecta el carácter de principio. Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también del hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios.*⁵⁵³

Pues bien, en sentido contrario podemos alegar que en los referidos fallos citados por Alexy, uno sobre escuchas y otro sobre prisión perpetua, lo que el Tribunal hace no es ponderar y posponer la dignidad, sino señalar cuándo ésta no es lesionada, es decir, establecer límites para el ejercicio de alguno de los derechos fundados en ella y que, bajo determinadas condiciones, colisionan con la existencia del Estado y del orden democrático, en el primer caso, o con el derecho a la vida de otros ciudadanos, en el segundo.

Resulta ser, además, que el propio tenor del artículo 1.1 de la *Ley fundamental* –según el cual “la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”– parece claramente atribuir a ésta una absolutidad que la sitúa al margen de los derechos fundamentales y, por lo tanto, fuera del alcance del procedimiento de ponderación, lo que constituye una posición común en la doctrina alemana. Efectivamente, para evitar que la dignidad se vea sometida a ponderación,

la solución más consecuente resulta... la que ya Hesse había quizá intuido, al expulsar sigilosamente a la dignidad humana del elenco de los derechos fundamentales. Lo asume Dreier cuando, para preservar la intangibilidad de la dignidad del hombre, opta por negarle el carácter de derecho fundamental: sólo así cabría sustraerla al proceso típico con el que los

⁵⁵³ Alexy 1993, 109. “La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión. Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación. Pero ese es otro tema” (Alexy 2001, 21).

derechos fundamentales son procesados. En tal sentido se expresa finalmente Enders en su monumental escrito de habilitación, dirigido por Böckenförde. Ambos apelan a Dürig, que «sabía (sin haberlo formulado expresamente) que todo derecho tiene también sus límites, o tiene que tenerlos y someterse a ponderaciones para hallar su lugar en el ordenamiento, mientras que el mandato de respeto y protección de la dignidad humana, de acuerdo con su intención y su formulación debe valer de forma universal e intangible» (Böckenförde).⁵⁵⁴

El propio Tribunal Federal ha señalado que “en el ordenamiento liberal democrático la dignidad del hombre es el valor superior (...) Su dignidad exige que se garantice el más amplio desarrollo posible de su personalidad”⁵⁵⁵, razón de ser de los derechos fundamentales, que, éstos sí, como veremos en la parte relativa a los derechos en tanto que principios, pueden ser limitados en su ejercicio y han de ser judicialmente ponderados en situaciones concretas a causa de las colisiones que entre ellos llegan a producirse.

El principio de la dignidad humana, por su parte, posee un carácter absoluto. Desde el momento en que el Estado constitucional democrático y social tiene como fundamento la antroponomía de la dignidad –pretendiendo legitimarse como objetivación de su segundo significado– ésta se convierte en metaprincipio o criterio último de validez tanto del Estado, que pasa a tener un estatuto meramente instrumental, como de su sistema de derechos fundamentales.

Es verdad, por lo demás, que el concepto de dignidad humana adolece de vaguedad en el sentido de que no existe un acuerdo unánime acerca de todas y cada una de las condiciones concretas que han de darse para que una determinada persona sea tratada como fin en sí mismo o, lo que es igual, no se vea reducida a la condición de objeto. No es menos verdad, como el propio Alexy señala, que

⁵⁵⁴ Gutiérrez 2005, 37-38. En su *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Hesse estudia la dignidad “en la introducción de la sección relativa a los fundamentos del orden constitucional, refiriéndose a ella como principio dotado de contenido material, y renuncia a una exposición adicional del art. 1 en la sección relativa a los derechos fundamentales, «porque el aspecto central de este artículo consiste en su función como fundamento del orden constituido por la Ley Fundamental...»” (Gutiérrez 2005, 37, nota 36).

⁵⁵⁵ Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *BVerfGE*, 39, 42, citado por Fernández Ssegado 2003, 48.

con respecto a algunas condiciones, es fácil obtener consenso. Así, la dignidad de la persona no está garantizada si el individuo es humillado, discriminado, perseguido o despreciado. Sobre otras condiciones puede discutirse, por ejemplo, si un desempleo permanente no obstante el deseo de trabajar, o la falta de determinados bienes materiales, lesionan la dignidad de la persona. Es un hecho que diferentes personas explicitan el concepto de la dignidad de la persona a través de diferentes haces de condiciones. Por otra parte, cabe constatar que los haces no se diferencian totalmente entre sí. Muchos divergen en algunos puntos y coinciden en otros y, a menudo, existen diferencias sólo en el peso que se otorga a las diferentes condiciones en el haz. Además, con respecto a fórmulas generales como la fórmula del objeto, puede lograrse un consenso amplio. Esto justifica hablar de un concepto unitario y de diferentes concepciones de la dignidad de la persona. Las diversas concepciones son difíciles de clasificar, no existen entre ellas fronteras precisas sino más bien aquello que Wittgenstein llamara “parecido de familia”.⁵⁵⁶

Esto nos permite afirmar que, a pesar de la relativa indeterminación concreta del concepto de dignidad⁵⁵⁷, el carácter fundante que ésta tiene por relación al Estado constitucional democrático y social, con su consiguiente absolutidad, comporta una operatividad igualmente fundamental de cara a la evaluación y orientación de tal Estado. La referencia a la dignidad humana no tiene un significado evocativo, como si se tratase de la mera enunciación de un ideal, sino un carácter propiamente jurídico. Por eso, del mismo modo que, formulada como principio de subjetividad política, la dignidad nos ha permitido detectar las insuficiencias y necesarias transformaciones de las actuales democracias representativas, también ahora cabe señalar su incidencia en el sistema de los derechos.

4.1.3. Funciones de la dignidad en el sistema de derechos

Debemos básicamente a Rolla la siguiente presentación de las funciones desempeñadas por el principio de la dignidad humana en el sistema de los derechos que de ella emanan⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Alexy 1993, 344-345. La “fórmula del objeto” hace referencia a la explicitación kantiana de la dignidad humana asumida por la jurisprudencia constitucional alemana –BverfGE 27, 1 (6); 28, 389 (391); 50, 166 (175); 50, 205 (215)– al indicar que la persona no puede ser convertida en mero objeto (cf. Alexy 1993, 344).

⁵⁵⁷ Nosotros venimos hablando de la “concepción” moderna de la dignidad para referirnos a la ontológica por contraposición a la funcional, característica ésta de la premodernidad. Alexy, por su parte, identifica la presencia de diversas versiones de la concepción moderna o, en sus términos, de diversas concepciones del concepto moderno de dignidad.

⁵⁵⁸ Cf. Rolla 2002, 468-489.

A. Interpretación

El principio de la dignidad representa, en primer lugar, una obligada cláusula de interpretación de los derechos fundamentales, que permite actualizar las situaciones subjetivas merecedoras de tutela, enriqueciendo tales derechos con nuevos significados en busca de una permanente síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos o, dicho de otro modo, entre derecho e historia. Como criterio general de interpretación, el reconocimiento de la dignidad exige que una disposición constitucional susceptible de asumir más de un significado deba ser interpretada de la forma más adecuada al desarrollo autónomo de las personas y excluye, al mismo tiempo, que pueda ser legítimamente acogida una interpretación en conflicto con el mismo⁵⁵⁹. Los derechos fundamentales han de dilucidarse, pues, con el propósito de que

*los miembros de la comunidad política lleguen a realizarse plenamente, habiendo una referencia directa al respeto a la dignidad humana (...) la indeterminación aludida implica que debemos referirnos a la tradición en la que se inserta porque los derechos fundamentales expresan la idea de dignidad humana que es el reflejo de un cultura humanista y son la manifestación de las diversas perspectivas que provienen del valor de cada persona.*⁵⁶⁰

En términos más generales podemos decir que en el principio de la dignidad encuentra el Estado constitucional democrático y social la fuente jurídico-positiva más general de obtención de criterios concretos para el conjunto del ordenamiento⁵⁶¹.

B. Unificación

El principio del respeto de la dignidad cumple, en segundo lugar, una función de unificación en cuanto que compacta los diversos derechos constitucionalmente reconocidos en torno a la noción de persona, favoreciendo así una reconstrucción unitaria de la misma. Cada uno de los derechos

⁵⁵⁹ La referencia a la dignidad habilita para “enuclear entre las múltiples disposiciones constitucionales en materia de derechos, particulares perfiles de la personalidad humana que concurren a delinear el derecho de toda persona a la dignidad y al desarrollo de la propia personalidad” (Rolla 2007, 7).

⁵⁶⁰ Garrido 2007, 161.

⁵⁶¹ Cf. Alexy 1993, 344. “Justamente en este sentido dice el Tribunal Constitucional Federal: «En la determinación del contenido y alcance del derecho fundamental del artículo 2 párrafo 1 LF, hay que tomar en cuenta que, según la norma fundamental del artículo 1 párrafo 1 LF, la dignidad de la persona es intangible y exige respeto y protección frente a todo poder público» [BVerfGE 34, 238 (245)]” (Alexy 1993, 344).

posee un significado específico y resulta autónomamente enjuiciable, pero todos ellos conjuntamente considerados tutelan un bien jurídico unitario, el valor de la personalidad humana o el carácter personal del ser humano, y son susceptibles de ser reconducidos a la misma.

*El principio constitucional del respeto de la persona humana constituye «la premisa antropológica» del Estado democrático y social de derecho, en cuanto trata de afirmar, en las relaciones internas de la sociedad y entre la sociedad y el Estado, una «cultura de vida civilizada», que suena como crítica a los trágicos ejemplos de la historia y como «principio rector supremo del ordenamiento jurídico». Representa, dicho en otros términos, un elemento caracterizador de la cualidad del orden constitucional de un determinado país, desde el momento en que se convierte en el ideal político que plasma su cuerpo social, confiriéndole una identidad particular.*⁵⁶²

C. Universalización

La dignidad ontológica, como sabemos, corresponde idénticamente a todos los seres humanos y, por ende, tiene como uno de sus corolarios el valor de la igualdad. De ahí que prohíba terminantemente que las inevitables diferencias entre las personas devengan presupuestos de actos de discriminación, es decir, tratamientos diferenciados carentes de justificación objetiva y razonable, que es como aquéllos viene entendiéndose tanto en el sistema internacional de derechos humanos⁵⁶³ como en el interamericano⁵⁶⁴.

⁵⁶² Rolla 2002, 472; cf. 471.

⁵⁶³ Así, por ejemplo, en la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*: “Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron” (Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 1965, art. 1.4).

⁵⁶⁴ “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1984, n. 57. “Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, n. 46). En ese mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana en sus *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación* (cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000).

Tenemos, de ese modo, que el principio de la dignidad comporta que todas las personas han de ser igualmente respetadas –“porque la dignidad humana posee tanto un perfil individual, como uno relacional”⁵⁶⁵– y, por lo mismo, que sustenta el movimiento de generalización de los derechos, orientándose hacia la reducción de la asimetrías fácticas, como veremos en la posterior consideración de los derechos sociales.

En el contexto de esta función universalizadora que la dignidad desempeña en el sistema de derechos cabe traer a colación la concepción de éstos como “leyes del más débil”, el cuarto de los criterios propuestos por Ferrajoli en orden a la fundamentación axiológica los derechos fundamentales, “todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida con fin y nunca como medio, según la clásica máxima de la moral kantiana”⁵⁶⁶.

Los derechos, como leyes del más débil, brindan, efectivamente, una “alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte políticamente, como en el estado absoluto; de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista”⁵⁶⁷.

D. Ponderación

Finalmente, el principio del respeto a la dignidad desempeña un papel en la ponderación de los derechos fundamentales en aquellos casos en que éstos han de ser sometidos a balance como consecuencia de sus colisiones tanto con derechos de otros ciudadanos como con otros bienes jurídicamente protegidos. Abordaremos esta cuestión al considerar los derechos fundamentales como principios constitucionales, pero en el presente contexto cabe destacar que, siendo

⁵⁶⁵ Rolla 2002, 473.

⁵⁶⁶ Ferrajoli 2001b, 315.

⁵⁶⁷ Ferrajoli 2001b, 316. “Éste es... el fundamento axiológico que coincide de manera más evidente con las razones históricas que han informado los procesos a través de los que han madurado los derechos fundamentales (...) el hecho de que los derechos humanos y con ellos todo el progreso en la igualdad se hayan ido afirmando cada vez más, primero como reivindicaciones y después como conquistas de los sujetos más débiles dirigidos a poner término a sus opresiones y discriminaciones, no se ha debido a la casualidad sino a la creciente evidencia de violaciones de la persona percibidas como intolerables” (Ferrajoli 2001b, 363).

fundamento del propio sistema de derechos, la dignidad humana representa el límite de los límites al ejercicio de los mismos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español,

*proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona», la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre..., constituyendo, en consecuencia, un «minimum» invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.*⁵⁶⁸

A la vista de estas importantes funciones de la dignidad en el sistema de los derechos fundamentales debe decirse que no resulta realista considerar, como en su día hizo Bobbio, que “el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político”⁵⁶⁹. Si justificar significa probar algo de forma convincente o mostrar su fundamento, parece difícil de aceptar que una adecuada y eficaz protección de los derechos puede operar al margen de la autoconciencia de la dignidad que los sustenta. Por el contrario, las funciones anteriormente identificadas inducen a pensar que en esta materia ni la política ni el derecho están en condiciones de prescindir de la filosofía a la hora de hacer valer el principio liberal como una de las líneas de defensa de lo humano por parte del neoconstitucionalismo⁵⁷⁰.

4.1.4. *A contrario*: Rawls y el derecho de gentes. ¿Derechos sin dignidad?

Rawls denomina derecho de gentes a “una familia de conceptos políticos con principios de derecho, justicia y bien común, que especifica el contenido de una concepción liberal de la

⁵⁶⁸ Tribunal Constitucional de España 1990, II.4. “Los límites al ejercicio de los derechos fundamentales encuentran, sin embargo, un límite total en la absoluta necesidad de proteger el valor de la dignidad humana como principio supremo, determinante de un ordenamiento constitucional democrático” (Rolla, 2002, 485).

⁵⁶⁹ Bobbio 1991, 61.

⁵⁷⁰ “Hoy resulta imprescindible un esfuerzo por volver a las preguntas de siempre e intentar arrojar luces sobre lo que es el hombre, pues en la medida en que lo comprendamos podremos trazar mejor la frontera entre lo humano y lo inhumano es las relaciones sociales” (García-Huidobro 2000, 117).

justicia aplicable al derecho internacional”, proporcionando “los conceptos y principios por los cuales ese derecho debe ser juzgado”⁵⁷¹.

En tanto que concepción liberal de la justicia, el derecho de gentes trata de expresar el principio liberal de tolerancia hacia formas razonables de ordenar la sociedad diferentes de la liberal-democrática. En tanto que concepción política de la justicia, no depende de doctrinas comprensivas de tipo filosófico o religioso, sino que aspira a un estatuto moral que pueda ser compartido por todas las sociedades bien ordenadas⁵⁷², entendiéndose por tales aquellas que satisfacen los siguientes tres requisitos: practican los principios de la paz y renuncian al expansionismo, sus sistemas jurídicos gozan de legitimidad a ojos de sus respectivos pueblos y respetan los derechos humanos fundamentales⁵⁷³.

Pues bien, según Rawls, una “sociedad jerárquica” puede estar bien ordenada a pesar de que sus miembros no sean tenidos como ciudadanos libres e iguales y no disfruten de un derecho individual de expresión⁵⁷⁴, así como de que, careciendo de separación entre religión y Estado, la libertad de conciencia y de pensamiento no sea igual para todos ellos⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Rawls 1997, 12.

⁵⁷² “El liberalismo político sostiene que las doctrinas comprensivas no tienen más que un lugar limitado en la política liberal democrática: las cuestiones constitucionales fundamentales, concernientes a los derechos y las libertades de carácter básico, han de ser convenidas según una concepción política pública de la justicia, encarnada en las concepciones políticas liberales y no en esas doctrinas más amplias. Dado el pluralismo de las sociedades democráticas... sostener esa concepción pública y las instituciones políticas básicas que la desarrollan constituye el más razonable fundamento de la unidad social a nuestra disposición. El derecho de gentes... es simplemente la extensión de estas mismas ideas a la sociedad política de los pueblos bien ordenados. Ese derecho, que resuelve las cuestiones constitucionales fundamentales y los asuntos de justicia básica en la sociedad de los pueblos, debe estar fundado también en una concepción política pública de la justicia y no en una doctrina moral, filosófica o religiosa comprensiva” (Rawls 1997, 36; cf. 6, 22).

⁵⁷³ Cf. Rawls 1997, 6 y 34.

⁵⁷⁴ Cf. Rawls 1997, 20-21. Sería suficiente con que, en tanto que miembros de asociaciones y organismos, las personas pudieran expresar su disenso político durante el proceso consultivo y el gobierno tuviera la obligación de tomarlo en serio y responder a él de manera consciente (cf. Rawls 1997, 21).

⁵⁷⁵ Cf. Rawls 1997, 13 y 21. La no separación entre religión y Estado implica que la religión estatalmente institucionalizada goza de ciertos privilegios e influye en la política gubernamental. En este punto sería suficiente con que ninguna otra religión fuera perseguida y pudiera ser practicada de forma pacífica y libre de intimidación (cf. Rawls 1997, 19 y 21-22).

Es verdad, como ya hemos reseñado, que uno de los requisitos establecidos por ese autor para que una sociedad pueda ser considerada como bien ordenada consiste en el respeto de los derechos humanos fundamentales: “La ley debe reconocer al menos aquellos derechos básicos como el derecho a la vida y a la seguridad, el derecho a la propiedad personal y los elementos del debido proceso, al igual que el derecho a la libertad de conciencia, el derecho de asociación y el derecho de emigrar. Éstos son los derechos humanos”⁵⁷⁶.

Sin embargo, llama poderosamente la atención el carácter fuertemente restrictivo de tal catálogo de derechos. La razón de una tal limitación no es otra, a nuestro entender, que Rawls ha tratado de evitar que los derechos dependan

*de ninguna doctrina moral comprensiva o concepción filosófica de la naturaleza humana según la cual, por ejemplo, todos los seres humanos son personas morales y tienen igual dignidad u ostentan ciertos poderes morales e intelectuales particulares que los invisten de derechos. Esto requeriría una muy profunda teoría filosófica que muchas, si no todas, de las sociedades jerárquicas podrán rechazar como liberal o democrática o, en alguna forma, característica de la tradición política occidental y, por tanto, discriminatoria frente a otras culturas.*⁵⁷⁷

La renuncia de Rawls a la dignidad ontológica de los seres humanos a la hora de elaborar su modelo de derecho de gentes tiene, pues, como consecuencia la acentuada limitación del catálogo de derechos humanos que puede calificar de básicos, lo que cabe pensar, en nuestra opinión, como muestra *a contrario* del carácter fundante que tal antroponomía tiene respecto de los derechos.

La renuncia a la dignidad ontológica se expresa igualmente en su aceptación de que los miembros de una sociedad jerárquica, sin por ello dejar de estar bien ordenada, sean concebidos y tratados

⁵⁷⁶ Rawls 1997, 26. Una sociedad bien ordenada “asegura al menos que todas las personas tengan ciertos derechos mínimos: a los medios de subsistencia y seguridad (derecho a la vida); a la libertad frente a la esclavitud, la servidumbre y la ocupación armada; a la propiedad personal y a la igualdad formal expresada en las reglas de la justicia natural (por ejemplo, el tratamiento igual de casos iguales)” (Rawls 1997, 21).

⁵⁷⁷ Rawls 1997, 25. Sucede que Rawls, entre otros pensadores liberales, ha sido influido por la llamada objeción asiática a la que ya nos hemos referido en capítulo I, según la cual los derechos humanos serían fruto del imperialismo cultural de Occidente y ajenos a los valores de aquel continente (cf. Cruz 2004, 101). Su derecho de gentes, en efecto, expresa reiteradamente la preocupación por permanecer al margen de las peculiaridades de la tradición occidental (cf. Rawls 1997, 10, 25, 26 y 27).

en tanto que miembros de grupos, lo que implica, en las antípodas del individualismo moral, que sus derechos, además de ser muy limitados, proceden de tal adscripción originaria y consisten básicamente en habilitaciones que les capacitan para desempeñar sus correspondientes “deberes y obligaciones morales” en tales grupos y en la vida social ⁵⁷⁸. De hecho, para confirmar que los por él considerados derechos humanos básicos son “políticamente neutrales” Rawls se propone tomar en cuenta “una aparente dificultad”, que pretende resolver mediante el recurso a la *Filosofía del derecho* de Hegel y su idea de jerarquía consultiva.

Muchas sociedades tienen tradiciones políticas diferentes del individualismo occidental en sus múltiples modalidades. Al considerar a las personas desde una perspectiva política, se dice que estas tradiciones las ven no como ciudadanos con sus derechos, sino más bien como miembros de grupos: comunidades, asociaciones o corporaciones. En esta visión alternativa, de signo asociacionista, cualquier derecho que tenga la persona proviene de esta adscripción originaria y es normalmente un derecho de habilitación, que capacita a la persona para desempeñar sus deberes en los grupos a los cuales pertenece (...)

Su sistema jurídico [el de los Estados jerárquicos] puede realizar las condiciones propuestas y garantizar el derecho a la vida y a la seguridad, el derecho a la propiedad personal y a los elementos del debido proceso, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho de asociación. Dichos derechos son reconocidos a las personas como miembros de gremios y corporaciones, y no como ciudadanos. Pero no importa. Los derechos se reconocen, y se cumple el requisito de que un sistema legal debe imponer deberes y obligaciones morales. Vistos a la luz de esa condición, los derechos humanos no pueden ser rechazados como peculiares de nuestra tradición occidental. ⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ El segundo de los requisitos para que una sociedad jerárquica pueda ser considerada como bien ordenada incluye, a su vez, varias condiciones. La primera de ellas consiste en “que el sistema jurídico imponga deberes y obligaciones morales a todas las personas dentro de su territorio” Rawls 1997, 19-20). No cabe ninguna duda de que Rawls está admitiendo la preeminencia de lo que Bobbio llamaría el código de los deberes (cf. Rawls 1997, 20 y 26).

⁵⁷⁹ Rawls 1997, 26-27. Para resolver tal dificultad, “con respecto a los derechos políticos, el punto se puede ilustrar con el rechazo de Hegel a la idea de «un hombre, un voto», por cuanto ella expresaría la noción democrática e individualista de que cada persona, como un átomo, tiene el derecho fundamental a participar en igualdad de condiciones en la deliberación política. En contraste, de acuerdo con *La Filosofía del Derecho* de Hegel, en el Estado racional bien ordenado las personas pertenecen en primer lugar a haciendas, corporaciones y asociaciones. Puesto que estas formas sociales representan los intereses racionales de sus miembros en lo que Hegel considera una justa jerarquía consultiva, algunas personas actuarán políticamente como representantes de tales intereses en el proceso de consultas, pero lo harán como miembros de corporaciones y no como individuos, y no todos los individuos están vinculados al proceso (...) El punto esencial es que los derechos humanos fundamentales, como lo hemos descrito, pueden ser protegidos en un Estado jerárquico bien ordenado con su jerarquía consultiva; lo que es válido en el esquema hegeliano para los derechos políticos, lo es también para todos los derechos” (Rawls 1997, 26-27).

He ahí, pues, una fórmula “asociacionista” que no puede dejar de recordar la que, en el capítulo I, hemos denominado visión holista u organicista de la sociedad, así como su correspondiente valoración instrumental del ser humano, es decir, una concepción funcional de la dignidad.

Los derechos humanos, por el contrario, emanan de una concepción ontológica de la dignidad, de tal modo que, donde ésta no es admitida, aquéllos resultan ser no sólo cuantitativamente restringidos y carentes de un estatuto propiamente individual, sino, además, probablemente inconsistentes y abocados al fracaso, pues, en efecto, ¿sobre qué fundamento puede propugnarse, por ejemplo, el derecho a la libertad de conciencia o al debido proceso una vez que se ha marginado la idea según la cual “todos los seres humanos son personas morales y tienen igual dignidad”, tal y como hace Rawls en la elaboración de su proyecto de derecho de gentes?

4.2. El carácter estrictamente individual de la titularidad de los derechos

Según la tercera de las consecuencias a que nos ha inducido el estatuto antropológico-moral de la dignidad en su concepción moderna, estudiada en el capítulo I, sólo de cada uno de los seres humanos (individualmente tomados) puede predicarse la dignidad y, por lo mismo, la titularidad de derechos. Procede, pues, que nos preguntemos ahora en qué medida tal conclusión está presente y operante en el ámbito jurídico o si sucede, por el contrario, que en él se reconocen o se atribuyen determinados derechos a entidades grupales y/o a personas jurídicas.

4.2.1. La cuestión de los derechos colectivos

A. Acotación

Valga precisar que por derechos colectivos entenderemos única y exclusivamente aquellos cuyo titular es un colectivo de personas ⁵⁸⁰, cuestión que no guarda relación, por más que ambas expresiones sean ocasionalmente empleadas de forma sinonímica, con la relativa a los derechos

⁵⁸⁰ “Por derechos colectivos debe entenderse aquellos cuya titularidad se atribuye, o sería atribuible, a una comunidad o a una minoría concebida como un ente que tiene una voluntad única y se expresa de forma también unitaria. Esto independientemente de la forma en que dicha voluntad se forma... y de qué tan numerosa o estructurada sea dicha comunidad: en todo caso la comunidad asume las características del un «macrosujeto» orgánico que decide, precisamente, como si fuera un solo hombre” (Vitale 2002, 49).

sociales (a la salud, a la educación, al trabajo, etcétera), de los cuales nos ocuparemos más adelante para sostener que constituyen, en rigor, derechos de los individuos. Así entendidos, los derechos colectivos tampoco deben ser confundidos con los derechos individuales ejercidos colectivamente, como es el caso, por ejemplo, del derecho de reunión o del de asociación.

El objeto de este epígrafe debe también distinguirse cuidadosamente del asunto planteado por la ciencia económica en su teoría de los bienes públicos o servicios colectivos, a veces también llamados bienes colectivos. Se trata, en su forma pura, de aquellos bienes o servicios cuyo consumo, a diferencia de lo que sucede en el caso de los privados, no plantea rivalidad alguna entre consumidores potenciales y del cual resulta imposible o prácticamente inviable la exclusión de ninguno de éstos, razón por la que tales bienes o servicios no son susceptibles de ser suministrados por la iniciativa privada y, por lo mismo, su existencia constituye uno de los factores de ineficacia del mercado, reclamando así algún tipo de intervención económica por parte de las autoridades públicas ⁵⁸¹.

B. Las Declaraciones y Tratados relativos a derechos humanos

Las expresiones empleadas en la *Declaración universal* –tales como “todos los seres humanos”, “toda persona”, “todo individuo”, “todos”, “nadie”– con el objeto de identificar la titularidad de los derechos humanos no ofrece margen de duda razonable acerca de su carácter estrictamente individual ⁵⁸².

⁵⁸¹ Cf. Weber 1988.

⁵⁸² Constituye una excepción el artículo 16.3, según el cual “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Cabe pensar, no obstante, que tal derecho no representa sino una prolongación del acápite 1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...”. En la *Convención americana sobre derechos humanos*, cuyas expresiones son también “toda persona” y “nadie”, se ha evitado esa ambigüedad relativa a la familia consignando: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17.1).

Lo mismo cabe decir sobre los Pactos de 1966⁵⁸³, tanto el de *Derechos Civiles y Políticos* como el de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, recurriendo el primero a locuciones del tipo “todo individuo”, “toda persona”, “cada persona”, “todo ser humano”, “nadie”, y el segundo muy especialmente a la de “toda persona”⁵⁸⁴. Además, tal y como se declara en sus respectivos preámbulos, ambos Pactos se fundamentan en “el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, aspirando tanto el uno como el otro a la creación de las “condiciones que permitan a cada persona” gozar de los derechos en ellos consagrados.

Son asimismo derechos individuales los catalogados en la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*⁵⁸⁵.

En lo que tiene que ver con la *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, comprobamos que Bobbio interpreta que la misma “extiende a un grupo humano considerado en su conjunto los artículos 3 a 5 de la Declaración Universal, que atribuye al individuo concreto los derechos a la vida, a la seguridad personal y a no ser sometido a esclavitud o tratado de manera cruel, inhumana o degradante”, para concluir que, “una vez más, más allá de

⁵⁸³ Es verdad que en sus respectivos artículos 1.1, ambos proclaman que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Ahora bien, tanto la condición política como las referidas dimensiones del desarrollo constituyen “asuntos públicos” en cuya dirección asisten a “todos los ciudadanos” los derechos políticos reconocidos en el artículo 25 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.

⁵⁸⁴ Cf. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 1992. En su artículo 8, acápites b) y c), el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* reconoce a los sindicatos los derechos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y a formar federaciones o confederaciones nacionales, así como el de éstas a fundar organizaciones internacionales o a afiliarse en las mismas. Parece claro, sin embargo, que se trata de una agregación y reforzamiento del “derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección” proclamado en el acápite a) de ese mismo artículo.

⁵⁸⁵ En su artículo 2.1 establece que “las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas... tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo”. Lo mismo ocurre en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma” (art. 27).

los derechos del hombre como individuo se perfilan nuevos derechos de los grupos humanos, de los pueblos y de las naciones”⁵⁸⁶. Según nuestra propia lectura, resulta mucho más adecuado entender que dicha *Convención* hace referencia a derechos de los miembros de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, a juzgar por la definición de genocidio que se encuentra en su artículo II:

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Asimismo tienen un carácter individual los derechos que encontramos, ahora ya en el sistema interamericano, tanto en la *Convención americana sobre derechos humanos* como en su *Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales*.

Baste, pues, este recorrido para mostrar que en lo que podría ser considerado como núcleo principal de las Declaraciones y de los Tratados internacionales relativos a derechos humanos, la titularidad de los mismos tiene un carácter individual, es decir, corresponde a las personas.

No es menos cierto que parece despuntar en el ámbito internacional una tendencia hacia la afirmación de derechos colectivos. Podría entenderse como un inequívoco reconocimiento de los mismos el hecho de que en el *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* se establezca que tales pueblos “deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculo ni discriminación”⁵⁸⁷. Subsiste, sin embargo, una importante ambigüedad, puesto que inmediatamente después se determina que “las disposiciones de este convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de dichos pueblos”, a lo que todavía deben añadirse las consideraciones que ulteriormente presentaremos.

⁵⁸⁶ Bobbio 1991, 74-75.

⁵⁸⁷ Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo 1991, art. 3.1; cf. en ese mismo sentido el preámbulo así como los artículos 3.2 y 12.

Resulta meridianamente claro, por el contrario, que el *Proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas* concibe éstas como sujetos de derechos, llegando incluso a atribuirles dignidad: “Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos” y “reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos y las características intrínsecos de los pueblos indígenas” se proclama, entre otras cosas: que “las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos”; que “los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad... Además tienen derechos individuales a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de la persona”; y que “los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades”⁵⁸⁸.

Cabe igualmente reseñar que la *Declaración y programa de acción de Viena* adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en 1993 parece abrir la puerta al reconocimiento de derechos colectivos desde el momento en que se afirma en su preámbulo que la persona humana “es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización”.

No carece, pues, de todo tipo de fundamento la comprobación de Bobbio según la cual “...se ha producido el paso de la consideración del ser humano *uti singulus*, que ha sido el primer sujeto al que se atribuyeron derechos naturales (o morales), en otras palabras de la «persona», a sujetos distintos del individuo, como la familia, una minoría étnica o religiosa, toda la humanidad en su conjunto...”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas 2008, preámbulo y arts. 2, 6 y 8.

⁵⁸⁹ Bobbio 1991, 115. “Cuando en los albores del siglo XVIII empieza a elaborarse la teoría de los derechos fundamentales, o derechos naturales, como se les designaba preferentemente entonces, se conciben como atribuciones de la persona individualizada: el sujeto de ellos es cada hombre en particular. Todas las Constituciones de la centuria pasada son ejemplos de la atribución exclusiva de los derechos fundamentales a los sujetos singulares. Hoy, sin embargo, ya no puede sostenerse esta postura, pues tanto las Declaraciones supranacionales como las Constituciones de los Estados ofrecen abundantes ejemplos de derechos fundamentales cuya titularidad se atribuye a entes supraindividuales: derechos a la familia, a la maternidad, a la infancia, a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, el derecho de las nacionalidades, etc.” (Trigo 2009).

C. Algunos textos constitucionales

Encontramos, por otro lado, que también en el más reciente constitucionalismo latinoamericano está abriéndose paso la proclamación de derechos colectivos e, incluso, la atribución de dignidad a entidades de carácter supraindividual.

En efecto, el capítulo 5 del título III de la *Constitución política de la República del Ecuador*, dedicado a “los derechos colectivos”, consagra entre ellos, en su sección primera, los “de los pueblos indígenas y negros afroecuatorianos”. La *Constitución política de Bolivia* establece en su artículo 30.II los derechos de que gozan “las naciones y pueblos indígena originario campesinos”. En la sección III del capítulo I de su título II, el *Anteproyecto de reforma constitucional* elaborado por la Presidencia de la República Dominicana trata “de los Derechos Colectivos y del Medioambiente”. También en el caso de la *Constitución política de Colombia* encontramos que el capítulo 3 de su título II se ocupa “De los derechos colectivos y del ambiente”.

Es esa misma Constitución colombiana la que en su artículo 70 reconoce “la igualdad y dignidad” de todas las culturas que conviven en el país ⁵⁹⁰. Según el artículo 25 de la *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional con vistas, entre otras cosas, a permitir “el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales”. En su artículo 297, la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* establece como fines de su régimen socioeconómico “asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad”.

De ahí que Rolla haya podido afirmar que una orientación consolidada del último constitucionalismo “es la de que el valor de la dignidad humana se refiere no sólo a los individuos, sino también al grupo social y étnico al que pertenezcan” ⁵⁹¹.

4.2.2. La cuestión de los derechos pertenecientes a personas jurídicas

En este contexto relativo a la titularidad estrictamente individual –o no– de los derechos no puede pasarse por alto la cuestión de los de las personas jurídicas.

⁵⁹⁰ El artículo 95 impone a todos los colombianos el deber de engrandecer y “dignificar” la comunidad nacional.

⁵⁹¹ Rolla 2002, 473.

Valga traer a colación, en primer lugar, que, según determina la *Ley fundamental* de la República Federal de Alemania en su artículo 19.3, “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto que por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas”.

Debe igualmente reseñarse la jurisprudencia emitida al respecto por el Tribunal Constitucional español, que, en su *Sentencia 64/1988* establece lo siguiente:

*En línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades y prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos. Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental.*⁵⁹²

Más adelante, la sentencia pasa a determinar que no sólo las personas jurídicas de derecho privado son titulares de derechos fundamentales, tal y como ese Tribunal ya ha declarado previamente, sino que también lo son las de derecho público⁵⁹³.

Posteriormente, en un caso relativo al derecho al honor, la jurisprudencia constitucional española ha confirmado que la titularidad de derechos fundamentales corresponde también a las personas

⁵⁹² Tribunal Constitucional de España 1988.

⁵⁹³ “En un sentido más general la STC 137/1985, de 17 de octubre de 1985, ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado, especialmente en lo que concierne al derecho del art. 18.2 y, con carácter general, siempre que se trate, como es obvio, de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas. A la misma conclusión puede llegarse en lo que concierne a las personas jurídicas de Derecho público, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el art. 20 cuando los ejercitan corporaciones de Derecho público. Por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 de la Constitución, como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden” (Tribunal Constitucional de España 1988).

jurídicas ⁵⁹⁴, mientras que una ulterior sentencia ha venido a reducir la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público al relativo a la tutela judicial efectiva ⁵⁹⁵.

4.2.3. La doctrina opuesta al carácter sólo individual de los derechos

El reconocimiento de derechos tanto colectivos como pertenecientes a las personas jurídicas encuentra algunas justificaciones en el ámbito de la doctrina, a veces no exentas de una gran confusión conceptual ⁵⁹⁶:

Las nuevas necesidades y relaciones sociales, así como la plena efectividad de los derechos fundamentales, han dado lugar a que su titularidad no recaiga tan sólo en la persona humana, individualmente considerada, sino que incluso corresponda a colectivos, grupos de personas, al concebido y a la persona jurídica, en la medida de que la naturaleza y el contenido del derecho fundamental así lo permitan. Es el caso por ejemplo de los derechos fundamentales que responden a intereses difusos (como el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano..., el derecho a la seguridad e información de los consumidores y usuarios, etc.), los cuales no

⁵⁹⁴ “Cierto es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan – como decíamos– su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas (...) En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la C.E.” (Tribunal Constitucional de España 1995).

⁵⁹⁵ Cf. Tribunal Constitucional de España 1996.

⁵⁹⁶ “Los derechos colectivos son los que se predicán de los grupos o de la sociedad en general y se configuran a partir de la noción de sujeto colectivo. Son los derechos que protegen el interés general (...) El derecho al medio ambiente sano, el derecho a la paz, el derecho a la conservación de la integridad genética de la especie, el derecho a la armonía en las relaciones familiares, son ejemplos de esta clase de derechos. Los derechos colectivos no excluyen la titularidad del sujeto individual sobre estos derechos, ni la posibilidad de la persona para reivindicarlos. La característica de los derechos colectivos es que al exigir su cumplimiento, sea por una persona o por el grupo, se beneficia necesariamente la comunidad. Una persona reivindicando un derecho colectivo actúa en su interés particular y en el interés general” (Galvis 2005, 64-65).

*sólo corresponden a los individuos, singularmente considerados, sino también a un conjunto de personas indeterminadas entre las que no existe vínculo jurídico alguno, sino circunstancias de hecho accidentales y genéricas que las unen (como pertenecer a una misma región, al mismo grupo de consumidores, etc.). En el caso de la persona jurídica podemos mencionar el derecho a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a contratar con fines lícitos, entre otros.*⁵⁹⁷

Otro tanto ocurre en el campo de la filosofía política, en el que se ha sostenido que “hablar hoy de una oposición entre derechos individuales y derechos colectivos de las comunidades resultará dentro de poco tiempo tan absurdo como la oposición que hace un siglo establecían algunos entre derechos sociales y democracia burguesa”⁵⁹⁸.

4.2.4. La persona humana, titular único de los derechos

A. La dignidad ontológica y el iuspositivismo neoconstitucional

Nos proponemos ahora evaluar los citados desarrollos relativos a los derechos colectivos y a los pertenecientes a personas jurídicas a la luz de la comprensión del Estado constitucional democrático y social como objetivación político-jurídica de la dignidad humana.

Batista Freijedo ha defendido que, considerados desde una perspectiva jurídico-positiva estricta, los derechos fundamentales tienen tal carácter con independencia de su titularidad:

No cabe aquí una fundamentación antropocéntrica de los derechos fundamentales. Si la condición jurídica de «fundamentales» no la reciben tales derechos por ser inherentes a la persona, no es consustancial a esos derechos que su titular sea exclusivamente el ser humano.

⁵⁹⁷ Bustamante 2001, 92. “Una de las objeciones que se han presentado contra estos nuevos derechos [los de tercera generación] es la indeterminación de quién es su titular. Ya no puede seguir siendo el titular de las libertades... El titular de los nuevos derechos no es un ciudadano definido, ni tampoco puede ser un grupo de la colectividad (trabajadores, jubilados, niños, etc.) como era el caso de los derechos sociales. Pero no hay razón alguna para negar la condición de derechos humanos a unos derechos cuyo titular no es ni una persona individual ni un grupo social. La colectividad humana puede ser también sujeto titular de derechos. Se trata de una persona jurídica, cuya voluntad y exigencias pueden ser formuladas por la ley y presentarse como exigencias frente a otros posibles sujetos de derechos” (Osuna 2002, 227). Por derechos de tercera generación entiende el derecho al medio ambiente, que incluye la conservación de la biodiversidad; el derecho al desarrollo económico; el derecho a la convivencia pacífica; el derecho a la información, que conlleva el del acceso a las técnicas y medios de comunicación (cf. Osuna 2002, 276-277).

⁵⁹⁸ Innerarity 2006, 75.

*Puede que no todas las personas físicas sean titulares de esos derechos, y puede que el ‘nasciturus’, las personas fallecidas y las personas jurídicas, privadas e incluso públicas, sí lo sean. En teoría, podría atribuirse capacidad iusfundamental también a los animales (...) Los derechos fundamentales no son libertad natural retenida por el individuo frente al poder público, sino un haz de facultades de disposición atribuidas a sus titulares por la Constitución para hacer frente desde la supremacía constitucional a cualquier acción u omisión ilegítima contra el disfrute del objeto del derecho, provenga de quien provenga.*⁵⁹⁹

Ahora bien, cuando del Estado constitucional democrático y social se trata, el anterior planteamiento debe ser aquilatado y completado. Dado, ciertamente, que tal Estado se pretende fundado en la dignidad ontológica de la persona humana y hace del respeto de ésta –único fin en sí mismo– el metaprincipio de su ordenamiento jurídico y, por lo tanto, el criterio positivo de legitimidad del mismo; dado, por otro lado, que la fundamentalidad jurídica de los derechos establecidos como tales se debe a su inmediatez por relación a tal criterio positivo, en una perspectiva neoconstitucional resulta que no tienen cabida más derechos fundamentales que aquellos cuya titularidad corresponde a los seres humanos.

El Estado constitucional democrático y social, dicho en otros términos, es positivamente portador de la pretensión de legitimidad consistente en el respeto de los derechos inherentes a la persona humana en razón de su dignidad, por lo cual una eventual atribución de capacidad iusfundamental, por ejemplo, a los animales constituiría una autonegación radical por parte del mismo⁶⁰⁰. Es verdad, como diremos, que debe llamarse derechos fundamentales sólo a los así positivamente establecidos, pero el Estado constitucional democrático y social no los define ni atribuye de forma arbitraria o en función de cualesquiera principios, sino porque, en razón de la

⁵⁹⁹ Batista 2005, 47.

⁶⁰⁰ A la luz del fundamento del neoconstitucionalismo no es de recibo el lenguaje de los “derechos” de los animales, que se encuentra, por ejemplo, en la *Declaración universal de los derechos del animal*, adoptada en 1977 por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura y posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas, y cuyo artículo 14.b establece que “los derechos del animal deben ser defendidos por la ley, como lo son los derechos del hombre”. Resultan, por lo demás, completamente fuera de lugar consideraciones como la de Ingrid Newkirk, fundadora de P.E.T.A. (Personas en Favor de un Tratamiento Ético a los Animales) al declarar que las atrocidades de los nazis son insignificantes en comparación con la cantidad de animales que son “exterminados” anualmente para comer: “Seis millones de judíos murieron en los campos de concentración, pero seis billones de pollos morirán en los hornos este año” (citado por Michelén 2000).

moderna autoconciencia de la dignidad humana que él pretende objetivar político-jurídicamente, tales derechos sólo a las personas corresponden.

Tenemos, en suma, que, en ese tipo de Estado, es precisamente la más rigurosa perspectiva jurídico-positiva la que prohíbe reconocer cualesquiera derechos fundamentales cuya titularidad no sea estrictamente individual.

Lo dicho refleja ya la respuesta básica que, en el marco del neoconstitucionalismo y a nuestro juicio, cabe ofrecer frente al problema de la legitimidad del reconocimiento de derechos colectivos y pertenecientes a personas jurídicas. Los aportes de la doctrina habrán de permitirnos, sin embargo, perfilar mejor los contornos de tal respuesta y percibir con nitidez el riesgo que entraña un tal reconocimiento.

B. Entre el sinsentido de los derechos colectivos y la barbarie uniformizadora

La cuestión de los derechos colectivos, es decir, aquellos cuya titularidad corresponde a un colectivo de personas, ha sido, efectivamente, objeto de consideración por parte de reconocidos constitucionalistas y de otros pensadores.

Entre ellos es común señalar, en primer lugar, que “en el plano de la filosofía política y jurídica, entre «derechos colectivos» y «derechos individuales» existe oposición lógica. *Tertium non datur*”⁶⁰¹. En efecto, desde el momento en que la titularidad de determinados derechos es atribuida a un “macrosujeto”, queda abierta la posibilidad de contradicción entre la voluntad éste, independientemente del modo autoritario o democrático de formación de la misma, y las de algunos –al menos, pero quizás muchos– de sus miembros.

Sucede, en segundo lugar, que, una vez reconocida, es tal voluntad colectiva la que resulta decisoria y, por ende, vinculante u obligatoria para todas y cada una de las personas pertenecientes al grupo, lo que implica que los derechos colectivos jurídicamente consagrados “tienen prioridad sobre los derechos individuales de los integrantes del grupo, de los miembros en

⁶⁰¹ Vitale 2002, 52. “No hacen buena pareja los derechos individuales con los derechos colectivos” (Fernández 2008, 39). “He ahí la antinomia fundamental: el absoluto respeto de la persona se opone al absoluto respecto de la comunidad como tal” (Taguieff 1987, 489).

su calidad de personas”⁶⁰². Tal conclusión, evidentemente, se ve reforzada en aquellos casos en que se afirma la dignidad de los grupos culturales, de las clases sociales o de cualesquiera entidades suprapersonales, puesto que, así constituidas como fines en sí mismos, se encuentran en condiciones de exigir sacrificios individuales.

El hecho de que la atribución de una titularidad colectiva a determinados derechos pueda mostrarse congruente únicamente con una visión holista de las relaciones sociales, la cual, a su vez, es inconciliable con el individualismo moral o la concepción ontológica de la dignidad humana, permite entender que Vitale tengan sólidas razones para identificar la relación existente entre tales derechos y las “formas de vida y concepciones premodernas”⁶⁰³.

Es esa preeminencia de los derechos colectivos sobre los individuales la que en modo alguno resulta de recibo para un amplio sector de doctrinarios, cuyo argumento de repulsa consiste, en última instancia, en la apelación a la moderna concepción de la dignidad.

Así, el propio Vitale considera que los derechos colectivos reivindicados por algunos teóricos del comunitarismo y por los defensores de los llamados valores asiáticos expresan una malentendida tolerancia intercultural. En su opinión, prácticas como, por ejemplo, la clitoritomía o la segregación impuesta a las mujeres

*no son más que la manifestación más llamativa de culturas que se basan sobre la negación, el desconocimiento y la tergiversación de la dignidad personal. No se trata, por tanto, en el fondo, de prácticas excepcionales o accidentales y residuales, sino funcionales y esenciales para la conservación de las «formas de vida» que las reproducen y las consideran moralmente admisibles. Es sabido que, incluso donde son penalmente sancionables, tales prácticas son ‘de facto’ toleradas o perseguidas de forma mitigada y completamente esporádica.*⁶⁰⁴

También Ferrajoli ha encarado el relativismo cultural desde el que se reprocha al paradigma universalista de los derechos un carácter etnocéntrico. La primera falacia que en él denuncia es que tal crítica incurre en la flagrante contradicción de apoyarse sobre el mismo universalismo que

⁶⁰² Vitale 2002, 51.

⁶⁰³ Cf. Vitale 2002, p. 48.

⁶⁰⁴ Vitale 2001a, 284.

dice reprobar mediante el traslado al nivel de las culturas del paradigma kantiano de la dignidad, sólo aplicable a los individuos ⁶⁰⁵. También en este punto, por lo demás, resulta relevante la perspectiva ferrajoliana de los derechos como leyes del más débil.

Los derechos fundamentales son derechos contra la mayoría (...) son siempre leyes del más débil frente a la ley del más fuerte, que bien puede ser la ley expresada por sus propias culturas (...) protegen al individuo de su propio ambiente cultural e incluso familiar (...) Piénsese en la clitoritomía o en las prácticas de segregación realizadas por los talibanes; son lesiones graves en perjuicio de la integridad física, la libertad y la dignidad de las mujeres que ningún respeto de la cultura ajena puede justificar, por la misma razón por la que no es justificable el código de honor mafioso... Son, en efecto, sólo los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales, que estructuralmente son siempre individuales y no colectivos. ⁶⁰⁶

Eusebio Fernández, por su parte, alega que subordinar los derechos humanos a los colectivos implica arruinar el carácter revolucionario con que aquéllos nacieron e ignorar que “la dignidad solamente se puede proclamar de los seres humanos tomados individualmente. Por importantes

⁶⁰⁵ “Paradójicamente, el relativismo cultural está viciado de un exceso extremista de universalismo que indica una falacia naturalista: la derivación, del reconocimiento de hecho de la pluralidad y diversidad de las culturas, de la tesis ética y normativa de su igual valor. El relativismo cultural desplaza, así, a un nivel meta-lingüístico y meta-ético el formalismo jurídico y el universalismo ético de los derechos humanos, cuya base es necesariamente individualista al referirse, según el paradigma kantiano, únicamente a los seres humanos individuales. Lo desplaza, precisamente, al nivel de la valoración de las culturas, o si se quiere, de sus respectivas éticas. Se comprende que, en este sentido, el relativismo cultural sea el equivalente antropológico del relativismo moral... Su resultado es la aceptación de cualquier cultura, incluso la nazi o las criminales o mafiosas...” (Ferrajoli 2001b, 364-365).

⁶⁰⁶ Ferrajoli 2001b, 368-369. Los derechos fundamentales “son derechos de los individuos que sirven para protegerlos también –y yo diría sobre todo– contra sus culturas e incluso contra sus familias, que protegen a la mujer contra el padre o el marido, al menos contra los padres, en general a los oprimidos contra sus culturas opresivas” (Ferrajoli 2006, 132). “Cada vez que se confieren derechos a entidades suprapersonales, se juega con fuego. Da igual que sea una cultura, un pueblo, una raza, un Estado. Las culturas deben protegerse, pero protegiendo a las personas, no convirtiéndolas en víctimas propiciatorias (...) Todos tenemos derecho a pertenecer a una cultura, a poder acceder a ella, seguir nuestras creencias y costumbres, con la sola condición de no vulnerar otros derechos. Como en el caso de la libertad religiosa, la gran protección no es el derecho de una religión, sino el derecho individual de los hombres religiosos. Poner la cultura por encima del individuo acaba con frecuencia en violencia para las personas. Se impide la crítica y se desencadena todo el dinamismo autoritario” (Marina y De La Válgoma 2000, 156).

que sean los Estados, las patrias, las confesiones religiosas, las razas o las clases sociales, no pueden ser sujetos de derechos, sino que encarnan otros valores sociales”⁶⁰⁷.

Dworkin, finalmente, considera que los dos principios o dimensiones de la dignidad por él distinguidos, que constituyen el contenido del derecho más básico de la persona, del que derivan sus otros derechos, “son individualistas en este sentido formal: adscriben valor y responsabilidad a las personas individuales por separado”⁶⁰⁸. De ahí que se niegue a admitir que los “derechos de la mayoría” se encuentren entre aquellos concurrentes que un Estado puede legítimamente invocar como medio de justificación de restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales. Los derechos de la mayoría no serían propiamente tales, sino meros agregados de derechos individuales.

*Un derecho en contra del Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese «algo» se haga (...) Con el fin de salvaguardarlos, debemos reconocer el carácter de derechos concurrentes sólo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos. Debemos distinguir los «derechos» de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado derechos individuales, y los derechos personales de los miembros de una mayoría, que bien podrían contar. La prueba que debemos usar es la siguiente. Alguien tiene un derecho concurrente a ser protegido, que debe ser evaluado frente a un derecho personal a actuar, si esa persona está autorizada para exigir tal protección de su gobierno por cuenta propia, como individuo, sin tener en cuenta si la mayoría de sus conciudadanos se unen a la demanda.*⁶⁰⁹

Cabe, pues, concluir que la atribución de derechos a colectividades, independientemente de que éstas sean definidas mediante criterios culturales, religiosos, mayoritarios o de cualquier otro tipo, resulta no sólo ajena, sino también hostil, al *ethos* personalista de la dignidad que el Estado

⁶⁰⁷ Fernández 2008, 39. “En definitiva, confieso que a pesar de un notable esfuerzo, buen asesoramiento bibliográfico y buenas intenciones, no he logrado rebajar mi escepticismo sobre los derechos colectivos (...) Es más, me produce cierto asombro y desconfianza el hecho de que algunos partidarios de los derechos colectivos se olviden rápidamente y con mucha frecuencia de los derechos individuales. Los dictadores, a menudo, son partidarios de los derechos colectivos, porque no representan ningún obstáculo para la realización de sus tropelías” (Fernández 2008, pp. 39-40).

⁶⁰⁸ Dworkin 2008, 25. “Sin embargo no son necesariamente individualistas en cualquier otro sentido” (Dworkin 2008, 25).

⁶⁰⁹ Dworkin 1984, 289.

constitucional democrático y social objetiva. El reconocimiento de derechos a una entidad colectiva implica la asignación de correlativos deberes individuales a sus miembros, que podrán ser jurídicamente exigidos por la correspondiente autoridad grupal: he ahí el totalitarismo que entrañan tales derechos, independientemente de la conformación democrática o autoritaria de la instancia de autoridad. De hecho, la historia acredita suficiente y ampliamente que “si un pueblo es titular de derechos por encima de los derechos del individuo, hemos abierto el camino de la tiranía”⁶¹⁰.

El hecho de que determinados documentos, como el citado *Proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas*, acompañen la atribución de derechos colectivos con la proclamación de la igual dignidad de los pueblos constituye un indicador más de la conexión existente entre dignidad y derechos, pero no por ello deja de ser cierto que yerran completamente en la identificación del sujeto digno y, por eso, titular de derechos. El referente concreto de la dignidad humana, tal y como ha señalado la jurisprudencia constitucional colombiana en clara continuidad con la tradición cultural que ha alumbrado el fenómeno neoconstitucional, se encuentra exclusivamente vinculado a la persona natural y, por ende, individual⁶¹¹.

Sucedo, en otros casos, que la denominación de derechos colectivos se emplea en un sentido impropio, pues con ella no se designa una titularidad colectiva, sino condiciones sociales de posibilidad de un disfrute efectivo de los derechos individuales, o bien, directamente, derechos individuales que, teniendo como objeto un determinado bien colectivo⁶¹², requieren de una particular atención por parte de los poderes públicos.

Es el caso de los derechos a un medio ambiente equilibrado, a la calidad de los bienes y servicios, a la convivencia pacífica, a la información, al desarrollo, a la salud pública, a la preservación del

⁶¹⁰ Marina y De La Válgoma 2000, 144.

⁶¹¹ Cf. Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 16.

⁶¹² Entendiendo por tal aquel cuyas características coinciden, al menos en alto grado, con las identificadas por la teoría económica para los bienes públicos o servicios colectivos, a saber, la inexistencia de rivalidad en el consumo y la imposibilidad o la inviabilidad de exclusión de potenciales consumidores alternativos.

patrimonio histórico y cultural, a la competencia leal, entre otros ⁶¹³. Parece evidente, por ejemplo, que, tal y como se establece en el artículo 33 de la *Constitución política de Bolivia*, son “las personas” quienes “tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado”, cuyo cuidado, no pudiendo ser confiado a la iniciativa privada a causa de sus características de bien colectivo, requiere una intervención política sistemática y directa. También lo parece que los derechos al desarrollo, a la competencia leal, a la calidad de los bienes y servicios o a la preservación del patrimonio histórico y cultural no tienen ninguna entidad al margen de las exigencias que se derivan de las necesidades económicas y culturales de los ciudadanos. De la existencia de necesidades e intereses difusos, es decir, que no corresponden a un conjunto determinado de personas, sino a todos y cada uno de los ciudadanos e, incluso, de los seres humanos, no se sigue la existencia de ninguna titularidad colectiva, sino únicamente la exigencia de garantizar a todos y cada uno de ellos el derecho a la satisfacción de los mismos.

De ahí que, como señala Alexy, “los principios [constitucionales] pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos”. Lo que no parece correcto, por el contrario, es que “el hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en la medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales” ⁶¹⁴. De hecho, los ejemplos de bienes colectivos ofrecidos

⁶¹³ La Constitución ecuatoriana denomina derechos colectivos, además de a los correspondientes a los pueblos indígenas y negros afroecuatorianos, a los del medio ambiente y de los consumidores (título II, capítulo 5, secciones 2 y 3). La colombiana trata de ellos junto con los del ambiente y entiende básicamente por tales, por ejemplo, los relativos a la calidad de bienes y servicios, a la seguridad frente a amenazas químicas, biológicas y nucleares, al uso común del espacio público (título II, capítulo 3). El Anteproyecto de reforma de la Constitución dominicana establece en su artículo 55 que “constituyen derechos e intereses colectivos o difusos: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a la propiedad del patrimonio común de la humanidad, la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del Medio Ambiente; la preservación del patrimonio cultural y de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos nacionales; la correcta comercialización de mercaderías a la población, la competencia leal y los intereses y derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos”.

⁶¹⁴ Alexy 1993, 109 y 110 respect.

por Alexy y tomados de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ⁶¹⁵ son o bien condiciones sociales de posibilidad de un disfrute efectivo de los derechos individuales o bien derechos individuales relativos a bienes colectivos.

Tenemos, por lo tanto, que la expresión “derechos colectivos” resulta injustificada y peligrosa cuando designa aquellos cuya titularidad corresponde a un colectivo de personas e impropia cuando se refiere a las condiciones sociales de posibilidad de los derechos individuales o a los derechos individuales relativos a bienes colectivos.

Ahora bien, no es menos cierto que, del mismo modo que en el horizonte de los derechos colectivos en sentido propio aparece la barbarie diferenciadora, el individualismo universalista es susceptible de desembocar en otra barbarie de signo inverso, que puede llamarse uniformizadora. Taguieff ha llamado poderosamente la atención sobre este particular desde el punto de vista de la filosofía política:

La tesis de la primacía de lo universal en el orden ético, que implica la de la secundariedad de la diferencia, permite redefinir la “barbarie” a partir de la absolutización de las diferencias colectivas... Esta es la perspectiva en que Max Horkheimer señalaba en 1961: «Es bárbara la actitud que consiste en no tratar ‘a priori’ a un hombre como un particular, como una persona, sino a definirlo en general y en primer lugar como alemán, negro, judío, un extranjero o un mediterráneo». Es claro que la indeterminación comunitaria del individuo, producida por neutralización o suspensión de toda asignación a un origen fijo, es la condición de su “elevación” a un valor infinito. Pero los humanos empíricos no son sino raramente encarnaciones del tipo ideal de persona al que se dirigen los mandamientos de la ética. Las personas encarnadas deben ser no menos respetadas en las figuras histórico-culturales de su encarnación. El irrespeto de esta «carne» cultural define una segunda barbarie de deriva de la absolutización de una escala de valores universal. La barbarie particularista de la diferencia y de la exclusión no debe hacer olvidar la barbarie universalista de la desigualdad y de la uniformización. ⁶¹⁶

He ahí, pues, la razón por la que, en el debate sostenido con los liberales, los comunitaristas han exigido que, tras la política universalista de la igualdad de derechos, se ponga en marcha una

⁶¹⁵ Se trata de la garantía de una aplicación funcional del derecho penal, la salud pública, el abastecimiento energético, el aseguramiento alimenticio, la lucha contra la desocupación, el afianzamiento de la estructura interna de las Fuerzas Armadas y la protección del orden democrático en libertad.

⁶¹⁶ Taguieff 1987, 486.

“política de la diferencia”, en la cual “sea reconocida la identidad única de este individuo o de este grupo” con el objeto de evitar que sea “asimilada por una identidad dominante o mayoritaria”⁶¹⁷.

Nos encontramos, así, en presencia de la tensión “entre la necesidad de una igualdad que está siempre amenazada por el imperialismo uniformizador de la ideología civilizatoria, por un lado, y la legitimidad de una diferencia que fácilmente degenera en un relativismo cultural que absolutiza la distinción, por el otro”⁶¹⁸. En ella sucede que, del mismo modo que determinadas posiciones liberales incurren en una desconsideración, al menos práctica, de los derechos culturales, algunas propuestas comunitaristas no garantizan suficientemente la autonomía individual⁶¹⁹.

No es tal, sin embargo, el caso del comunitarismo tomado en su conjunto. Valga destacar la defensa que Kymlicka ha llevado a cabo de “los derechos diferenciados en función del grupo de las minorías étnicas y nacionales”. Queda perfectamente claro que su planteamiento no se sitúa

⁶¹⁷ En la esfera pública la política del reconocimiento igualitario “ha llegado a significar dos cosas bastante distintas, relacionadas, respectivamente, con los dos cambios principales que he descrito. Con el tránsito del honor a la dignidad sobrevino la política del universalismo que subraya la dignidad igual de todos los ciudadanos, y el contenido de esa política fue la igualación de los derechos y de los títulos (...) Según algunos, la igualación sólo afectó a los derechos civiles y los derechos de voto; según otros se extendió a la esfera socioeconómica (...) Pero, pasando por alto todas las diferencias de interpretación, el principio de ciudadanía igualitaria llegó a ser universalmente aceptado. Por contraste, el segundo cambio, el desarrollo del concepto moderno de identidad, hizo surgir la política de la diferencia. Desde luego, también ésta tiene una base universalista, que causa un traslape y una confusión entre ambas. *Cada quien* debe ser reconocido por su identidad única. Pero aquí el reconocimiento también significa otra cosa. Con la política de la dignidad igualitaria lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, una «canasta» idéntica de derechos e inmunidades; con la política de la diferencia lo que pedimos que sea reconocido es la identidad única de este individuo o de este grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás. La idea es que, precisamente, esta condición de ser distinto es la que se ha pasado por alto, ha sido objeto de glosas y asimilada por una identidad dominante o mayoritaria. Y esta asimilación es el pecado cardinal contra el ideal de autenticidad (Taylor 1993, 59-60).

⁶¹⁸ Martínez Real 1999, 557.

⁶¹⁹ Es lo que sucede, por ejemplo, en la propuesta de Taylor ordenada a “asegurar la supervivencia [de la identidad cultural] a través de las indefinidas generaciones futuras”. “No sólo se trata de que la lengua francesa esté al alcance de quienes la preferirían [en Quebec] (...) también implica asegurarse de que hay, aquí, en el futuro, una comunidad de personas que desearán aprovechar la oportunidad de hablar la lengua francesa. Las medidas políticas tendientes a la supervivencia tratan activamente de *crear* miembros de la comunidad, por ejemplo, al asegurar que las generaciones futuras continúen identificándose como francoparlantes. No podemos considerar que esas políticas simplemente estén dando una facilidad a las personas que ya existen” (Taylor 1993, 64 y 87-88 respect.).

en la perspectiva de los derechos colectivos en sentido propio, es decir, aquellos que asignan titularidades grupales, siendo “ejercidos por colectividades y que entran en conflicto con los derechos individuales”⁶²⁰, sino que se articula a partir del respeto de la libertad e igualdad de los individuos.

La clave de su planteamiento viene dada por la distinción de dos vertientes en los derechos comúnmente denominados colectivos: la restricción interna de la libertad de sus miembros y la protección externa de los grupos culturales⁶²¹. Ambas tienen como efecto la estabilización del grupo, pero la primera protege contra el disenso interno, planteando –en nombre de, por ejemplo, la tradición cultural o la ortodoxia religiosa– un problema de opresión de sus miembros consistente en la vulneración de los derechos individuales que les asisten. La segunda, en cambio, ofrece protección frente a presiones externas al propio grupo, planteando la cuestión de la justicia entre grupos en orden a que ninguno de ellos se vea marginado o segregado a causa de la preservación de la particularidad de otro, por más que se trate del numéricamente más importante y que suele esconderse tras la ficticia neutralidad cultural del Estado⁶²².

Así, mientras que las restricciones internas imponen a los miembros del grupo la obligación de mantener su forma de vida, aun cuando no hayan optado por ella voluntariamente, las protecciones externas ofrecen a cada persona el derecho a mantenerla si lo desea⁶²³. Es aquí, precisa Kymlicka, “donde los liberales deben trazar una línea. Lo que distingue una teoría liberal de derechos de minorías es precisamente que puede aceptar las protecciones externas (en la medida en que no permitan a un grupo oprimir a otro), pero no las restricciones internas”. Los

⁶²⁰ Kymlicka 1996a, 58. Según él, sólo a causa de la indebida presentación de la idea de los derechos diferenciados en función del grupo como una reivindicación de derechos colectivos sucede que aquélla “parece preocuparse más por el estatus de los grupos que por el de las personas. Además, parece tratar a los individuos como meros portadores de identidades y objetivos grupales, más que como personalidades autónomas capaces de definir su propia identidad y objetivos de vida” (Kymlicka 1996a, 57).

⁶²¹ Sostiene que tanto la una como la otra pueden operar en cada uno de los tres tipos de derechos colectivos que distingue: los derechos especiales de representación, los de autogobierno y los poliétnicos (cf. Kymlicka 1996a, 61-62).

⁶²² “Lo que la gente llama el «Estado neutral» puede verse como un sistema de «derechos de grupo» que apoya el lenguaje, la historia, la cultura y el calendario de la mayoría” (Kymlicka 1996b, 29). Cf. Kymlicka 1996b, 30-31; Kymlicka 1996a, 58-59.

⁶²³ Cf. Kymlicka 1996a, 67.

liberales pueden aceptar, por ejemplo, “los derechos de autogobierno, pero insistirán en que todos los gobiernos, tanto de las minorías como de las mayorías, deben observar las protecciones constitucionales básicas de los derechos humanos”⁶²⁴.

Queda claro, por lo tanto, que los derechos diferenciados en función del grupo que operan como protecciones externas resultan plenamente compatibles con el respeto de los derechos individuales de sus miembros. Más aún, no son, en rigor, derechos del grupo, sino derechos de las personas en tanto que pertenecientes al mismo, basados “en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes”⁶²⁵.

Pues bien, bajo la denominación de derechos colectivos no deben amalgamarse con los que, siendo propiamente tales, atribuyen titularidades colectivas aquellos otros que corresponden a las personas en tanto que pertenecientes a tales colectividades. Es probablemente este segundo tipo de derechos el establecido por el *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, antes referido, puesto que, aunque en él se proclama que “los pueblos indígenas deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 3.1.), con igual claridad se determina que “el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales” (art. 4)⁶²⁶.

Valga, pues, subrayar que son únicamente los derechos colectivos en sentido propio los que contradicen el fundamento del Estado constitucional democrático y social, mientras que los derechos individuales diferenciados en función del grupo resultan un medio adecuado para que, en aquellos casos en que exista una justificación objetiva y razonable, pueda fomentarse a través

⁶²⁴ Kymlicka 1996b, 34.

⁶²⁵ Kymlicka 1996a, 76.

⁶²⁶ Y también en su artículo 8: “1) Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2) Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 3) La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

de ellos la igualdad entre personas cuyas pertenencias grupales son diversas. De hecho, entre los mismos autores antes citados en apoyo del rechazo de los primeros tiene lugar un amplio reconocimiento de los segundos.

Así, Vitale considera de recibo “interpretaciones favorables de los derechos de libertad para las personas que pertenecen a minorías culturales”⁶²⁷, aunque rechaza que se asignen cuotas a tales minorías en los órganos de representación democrática⁶²⁸. Ferrajoli, por su parte, entiende que, más allá del límite que viene dado por los mandatos y prohibiciones que comportan los derechos individuales, “vale el principio de tolerancia, o sea la tutela de las libertades y con ella el respeto de las diferencias culturales que gracias a ellas se expresan”⁶²⁹. Eusebio Fernández admite de buen grado los “derechos especiales para grupos también especiales vgr. minorías culturales, minusválidos, ancianos, etc.”, con lo que, en realidad, vendrían a consistir en los derechos específicos⁶³⁰. Habermas, finalmente, ha justificado los “derechos concernientes al carácter de miembro de una cultura” en los siguientes términos:

⁶²⁷ Vitale 2002, 49. “Pienso en una teoría limitada a los derechos que Kymlicka ha definido *polyethnic rights*: es decir a un conjunto de concesiones y derogaciones a favor de personas físicas que pertenecen a esta o a aquella minoría cultural. En el fondo, si la exigencia se reduce a la especificación de casos concretos o a la aplicación más laxa de normas que ya existen, sin alterar el paradigma jurídico-constitucional que se funda en la titularidad individual de los derechos fundamentales, lo que debemos vigilar es que, por este frente, no reaparezcan formas de discriminación injustificadas (por ejemplo, discriminaciones de género)” (Vitale 2002, 49).

⁶²⁸ “En principio, nada prohíbe que se constituyan partidos o movimientos fuertemente connotados de caracteres étnico-lingüísticos o locales. Siempre y cuando no se les concedan «cuotas» en los órganos institucionales de representación democrática... Si esto sucede, podría darse el caso de representantes que se representen, prácticamente, sólo a sí mismos, o a una minoría restringida (presumiblemente a una élite tradicional o económica) al interior de su minoría étnica o lingüística. No debemos excluir la posibilidad de que un número consistente de ciudadanos electores que pertenecen a un grupo étnico o lingüístico determinado, considere que sus intereses y convicciones se encuentran mejor representados por otras organizaciones políticas que no son aquella o aquellas que reclaman la representación exclusiva de los miembros del grupo” (Vitale 2002, 49-50).

⁶²⁹ Ferrajoli 2006, 132. “Ya he recordado cómo la primera libertad garantizada en los orígenes del Estado de derecho fue la libertad de conciencia, que equivale a la libertad y al respeto de todas las diferencias de identidad –religiosa, política, ideológica, étnica y por tanto cultural-. Y he caracterizado la igualdad jurídica como el derecho a la diferencia, o sea como el principio del igual respeto y valorización de todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás y de cada individuo una persona como las otras” (Ferrajoli 2006, 133).

⁶³⁰ Fernández 2008, 39.

*Nuestro sistema jurídico está cortado, ciertamente, a la medida de la autonomía privada y pública de personas privadas que están concebidas como portadores de derechos subjetivos. Pero estas personas jurídicas no podemos representárnoslas como átomos aislados, puesto que sólo han podido individuarse por vía de socialización. Si se tiene en cuenta la naturaleza intersubjetiva de la persona jurídica, entonces tiene que haber también derechos concernientes al carácter de miembro de una cultura. Toda persona tiene que ser respetada como individuo y a la vez en los contextos culturales en los que se formó su identidad, y sólo en los cuales, llegado el caso, puede mantenerse esa identidad. De estos derechos concernientes a su pertenencia cultural, aunque sean derechos de los que han de considerarse portadores los individuos, pueden seguirse importantes subvenciones, atención pública, garantías, etc.*⁶³¹

En efecto, la persona a la que reconocemos dignidad no es el individuo abstracto, sino cada uno de los seres humanos concretos, cuyas vidas tienen una dimensión social que se realiza, entre otros medios, en sus diversas pertenencias étnico-culturales. La existencia de profundas asimetrías entre tales grupos justifica y exige que un Estado realmente comprometido con la dignidad y, por ende, con la igualdad entre las personas implemente un sistema de derechos individuales diferenciados en función del grupo, de tal modo que, como escribía Adorno, todas ellas “puedan afirmar sus diferencias sin miedo”⁶³². La dignidad ontológica no exige el menosprecio de las diferencias humanas –por el contrario, lo prohíbe–, sino únicamente que el valor de las mismas, como diría Lalande, nunca sea considerado intrínseco o categórico porque “la diferencia, para ser valor, ha de ser compensación”⁶³³.

Entre la barbarie particularista de la diferencia, a la que abocan los derechos colectivos, y la universalista de la desigualdad, que los derechos del individuo abstracto contienen en germen, se abre el estrecho, pero fértil, terreno de los derechos diferenciados en función del grupo entendidos y practicados como protecciones externas de los colectivos que son más vulnerables; un terreno que el Estado constitucional democrático y social debe cultivar no porque tales colectivos constituyan fines en sí mismos, sino porque en ellos participan personas, que –éstas y sólo éstas– sí lo constituyen. No existe en tal Estado lugar alguno para aquellas diferencias, culturales o del tipo que se quiera, que pretendan ignorar la dignidad personal de cada individuo y

⁶³¹ Habermas 1997, 103-104.

⁶³² Adorno, Theodor W. *Minima moralia*, citado por Taguieff 1987, 480.

⁶³³ Lalande, André. *Valeur indirecte de la différence*, citado por Taguieff 1987, 485.

sus correspondientes derechos, pero sí para todas aquellas posibilidades de realización de lo humano, culturales u otras, que resulten compatibles con tales derechos.

C. Más allá de la metáfora: la impersonalidad de las “personas” jurídicas

La tesis del carácter estrictamente individual de la titularidad de los derechos se ve confrontada no sólo a la cuestión de los derechos colectivos, que acabamos de considerar, sino también a la relativa a los derechos de las personas jurídicas, tanto privadas como públicas.

Esta segunda cuestión ya ha sido previamente planteada, para lo que hemos tomado pie en el artículo 19.3 de la *Ley fundamental* de la República Federal de Alemania, según el cual “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto que por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas”, así como en algunas sentencias del Tribunal Constitucional español.

Pues bien, tanto el tenor del artículo 1 de la *Ley fundamental*⁶³⁴ como el del artículo 10 de la Constitución española⁶³⁵ obligan a concluir que la fundamentalidad de los derechos establecidos como tales se debe, tanto en aquélla como en ésta, a la inmediata vinculación de los mismos con la dignidad de la persona humana. En ambos textos se determina que los derechos fundamentales no son otros que los que corresponden a la persona humana, citándose directamente los derechos humanos en el caso alemán y constituyéndose la *Declaración Universal* como instancia de interpretación de los derechos fundamentales en el español.

Siendo así, el artículo 19.3 de la *Ley fundamental* puede ser entendido, a nuestro juicio, de dos maneras. Cabe interpretarlo, por un lado, en el sentido de que las personas jurídicas de derecho

⁶³⁴ “1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

⁶³⁵ “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

privado se encuentran facultadas para hacer valer los derechos fundamentales de que son titulares sus miembros en la medida en que el ejercicio de tales derechos por parte de éstos o bien consista en la inserción en las mismas –puesto que, de hecho, determinados derechos individuales sólo pueden ser ejercidos de forma colectiva– o bien tenga lugar a través de ellas. Se trataría, según esta interpretación, de una titularidad vicaria: los derechos de las personas jurídicas serían los de los individuos a ellas pertenecientes. De no ser así, la existencia del artículo 19.3 debe ser entendida como una contradicción interna de la *Ley fundamental*, puesto que ésta procedería simultáneamente a reconocer derechos, por un lado, sólo a las personas físicas, en tanto que únicos seres dignos, y, por el otro, a las jurídicas; o, en otros términos, estaría haciendo depender los derechos fundamentales de la dignidad, pero los reconocería también a entidades de las que no la predica. Lo que no cabe interpretar es que las personas jurídicas de derecho público sean titulares de derechos en Alemania, pues éstas, según el artículo 1.3 de la *Ley fundamental*, se encuentran vinculadas a los mismos: “La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de un derecho fundamental y un no titular de un derecho fundamental”⁶³⁶.

Respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que hace al caso hemos de decir que no parece compatible con la pretensión de ese Estado de darse como fundamento los derechos inherentes a la dignidad de la persona, constituyendo así un *ethos* político-jurídico de la misma⁶³⁷. En efecto, tal y como señala ese mismo Tribunal, sucede que, en razón del artículo 10 de la Constitución española, “en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales”, aunque la plena efectividad de los mismos “exige reconocer que su titularidad no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones”⁶³⁸. Esta última observación resulta antropológica y sociológicamente fundada, pero en ella se trata únicamente de caer en la cuenta de que los derechos de que son titulares los individuos son ejercidos por éstos no sólo de forma aislada, sino también en cuanto miembros de grupos y organizaciones. Parece, pues, obvio que sólo un falso razonamiento puede conducir desde una tal observación hasta la conclusión de una

⁶³⁶ Alexy 1993, 511.

⁶³⁷ Puede verse una crítica de tal jurisprudencia en Gutiérrez 2005, 118-121.

⁶³⁸ Tribunal Constitucional de España 1988.

titularidad de los derechos correspondiente a las personas jurídicas en que los individuos se insertan.

Resulta evidente, por lo demás, por referirnos sólo a algunos de los derechos cuya titularidad es atribuida por las citadas sentencias también a las personas jurídicas, que sólo las personas físicas son capaces de los pensamientos, ideas y opiniones considerados en el artículo 20 de la Constitución española, o que sólo a ellas puede corresponder el honor que el artículo 28 asocia a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

A las personas jurídicas de derecho privado, en suma, no corresponden otros derechos que aquellos de que son titulares los individuos que en ellas se asocian; no siendo tales personas sino “meras formas de organización y relación de las personas físicas”, la titularidad de los derechos que pudieran serles atribuidos tiene un carácter vicario, pudiendo ser referida de modo mediato a las personas físicas, que son, en todo caso, el “soporte básico de la titularidad de los derechos fundamentales”⁶³⁹. Las de derecho público, por su parte, forman parte del sistema político ordenado a la defensa de los derechos de los ciudadanos y tienen, por lo tanto, el mismo carácter instrumental que el Estado constitucional democrático y social en su conjunto, situándose la relación entre ellas y las de derecho privado o los individuos en un plano de mera legalidad⁶⁴⁰.

Si la idea de persona jurídica supone una metáfora respecto de la idea de persona física, la consideración de persona de la Administración pública entraña, a mi juicio, una metáfora elevada al cuadrado, en la que la esencia de lo personal desde la clave de la dignidad de la persona se desvanece por completo. La persona física es en sí una realidad sustancial, a cuyo servicio se articula, tanto la organización del poder, como toda la construcción del

⁶³⁹ “Que en una ulterior extensión ciertos derechos fundamentales puedan atribuirse a personas jurídicas, puede justificarse en cuanto limitada esa extensión a las jurídico-privadas, que no son, en definitiva, sino meras formas de organización y relación de las personas físicas, pudiéndose referir de modo mediato la atribución de titularidad del derecho a dichas personas físicas. Pero la posible inclusión de los entes públicos, en tanto que personas jurídicas, en la referencia general a éstas me resulta ya forzada, pues creo que en esa extensión hay un elemento de diferenciación cualitativa en el iter de la personificación, en el que la referencia última a las personas físicas, como soporte básico de la titularidad de los derechos fundamentales, se pierde” (Conde 2001). La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales en la República Dominicana es tratada por Jorge 2005, II, 77-82.

⁶⁴⁰ “Mi discrepancia se sitúa en el presupuesto de arranque; esto es, en la atribución del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, en tanto que tal derecho fundamental, a los entes públicos, con su obligada secuela de legitimación de estos entes para el recurso de amparo constitucional (...) La tutela judicial de los entes públicos no creo que tenga relación con la titularidad del derecho fundamental de tal nombre, sino que se trata de una mera cuestión de legalidad, que se agota en ese plano” (Conde 2001).

ordenamiento jurídico. La persona jurídico-pública es, por contraste, una mera construcción del Derecho, carente del sentido sustancial radical de la auténtica persona y de su atributo esencial de dignidad, elemento, a su vez, de referencia de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE). ⁶⁴¹

En efecto, la clave para la solución de esta cuestión relativa a los derechos pertenecientes a las personas jurídicas probablemente venga dada por algo tan simple como caer coherentemente en la cuenta del carácter metafórico de la “personalidad” de las mismas. La exclusiva dignidad de la persona humana consiste en esa su constitución moral que en el artículo 10.1 de la Constitución española se denomina personalidad y cuyo desarrollo depende de la salvaguardia de los derechos allí considerados como inherentes a la misma. Sólo las personas tienen derechos en sentido propio porque sólo cada una de ellas es un fin en sí mismo. “Cuando una idea simple toma cuerpo se produce una revolución” decía Péguy ⁶⁴². La atribución de derechos a cualesquiera colectividades y entidades jurídicas no puede sino arruinar el curso de la revolución neoconstitucional en que ha tomado cuerpo la dignidad ontológica, esa autoconciencia del valor absoluto e intrínseco que sólo cada ser humano constituye.

Es, por consiguiente, jugar políticamente con fuego el afirmar que “se podría admitir alguna extensión analógica del concepto de «dignidad» a las personas colectivas (morales o jurídicas), en la medida en que... esas «personas colectivas» integran a personas humanas individuales, persiguen fines humanos y logran una suficiente cohesión interna, mediante la cooperación estable de todos sus miembros. Y a partir de esta reflexión, cabría admitir la titularidad de ciertos derechos por parte de aquellas personas colectivas” ⁶⁴³. En la perspectiva del fundamento positivo del Estado constitucional democrático y social, representa, además, un completo sinsentido.

4.3. El doble carácter de los derechos fundamentales

4.3.1. El iuspositivismo y los derechos públicos subjetivos

Los derechos fundamentales fueron entendidos por el positivismo jurídico como derechos públicos subjetivos, expresión acuñada por la escuela iuspublicista alemana del siglo XIX. Según

⁶⁴¹ Conde 2001.

⁶⁴² Péguy 2009.

⁶⁴³ Fernández Sesegado 2003, 29.

Jellinek, uno de los principales exponentes de la misma, el derecho subjetivo “es la potestad que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico en cuanto se dirige a un bien o a un interés” ⁶⁴⁴. Un tal reconocimiento de la voluntad individual por parte del Estado implica la transformación de la misma en derecho público subjetivo, capaz de comprometer jurídicamente el poder del Estado tanto para crear un ámbito de libertad frente a eventuales injerencias del mismo (*status negativus, status libertatis*) como para obtener de él determinadas prestaciones (*status positivus, status civitatis*) y para participar en la configuración de la vida estatal (*status activus*).

Ahora bien, si, desde una perspectiva formal, los derechos públicos subjetivos constituyen pretensiones jurídicas derivadas de la personalidad, desde una perspectiva material tales derechos son aquellos que pertenecen a los individuos en su condición de miembros del Estado (*status subiectionis*), lo que significa que éste es la fuente de los mismos y que el instrumento a través del cual los crea es el derecho objetivo.

Se trata, dicho de otro modo, de aquella concepción según la cual los derechos fundamentales resultan de una autolimitación del Estado por la que éste, en ejercicio de su soberanía, reconoce determinadas facultades a los ciudadanos y se autoimpone el deber de garantizarlas.

Una consecuencia de esa comprensión de los derechos fundamentales como un tipo particular de derechos públicos subjetivos es que, siendo siempre el Estado parte en los mismos, éstos se limitan a las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, sin alcanzar en absoluto el ámbito de las relaciones entre particulares.

Sabido es que una tal interpretación de los derechos fundamentales, correspondiente a la etapa del positivismo jurídico y del Estado liberal, ha sido superada por el neoconstitucionalismo en razón de que, pretendiendo fundar el Estado en el respeto de la dignidad humana, acepta la posición

⁶⁴⁴ Jellinek, Georg. *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, citado por Nogueira 2003, 55. Para lo que sigue cf. Nogueira 2003, 55-57; Alexy 1993, 247-261; Sarazá 2008, 17-22; Orozco 1987, 34-35.

preferente de los derechos sobre el poder, reconociéndoles, junto a un carácter subjetivo, el de elementos objetivos de todo el ordenamiento jurídico ⁶⁴⁵. Veamos este desarrollo.

4.3.2. Derechos subjetivos y elementos objetivos del ordenamiento

Ya la *Ley fundamental* alemana determinó en su artículo 1.3 que “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de ese país estableció en el fallo Lüth que tales derechos, además de que “están en primera línea destinados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público”, constituyen “un ordenamiento valorativo objetivo (...) Este sistema valorativo, centrado en la persona humana que se desarrolla libremente, dentro de la comunidad social, y en su dignidad, tiene que valer, en tanto decisión iusconstitucional básica, para todos los ámbitos del derecho” ⁶⁴⁶.

El Tribunal Constitucional de España ha sistematizado ese doble aspecto de los derechos fundamentales en los siguientes términos:

Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos

⁶⁴⁵ “El Estado constitucional y democrático de derecho implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común (...) En un Estado constitucional de derecho siempre debe aceptarse la posición preferente de los derechos sobre el poder (*preferid rights position*)” (Nogueira 2003, 72-74). “Posteriormente, el reconocimiento de la supremacía de la dignidad humana..., así como el desarrollo y complejidad de las relaciones sociales... llevaron a la doctrina, a los tribunales constitucionales y a las cartas fundamentales a otorgar plena efectividad a los derechos fundamentales reconociéndolos como elementos esenciales del ordenamiento jurídico político, es decir, como elementos objetivos con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, que irradian su eficacia no sólo a las relaciones individuo-Estado, sino a las diversas esferas y relaciones de la vida social” (Bustamante 2001, 97).

⁶⁴⁶ Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *BVerfGE*, 7, 198 (205), citado por Alexy 1993, 148. “El Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta del «efecto irradiación» [*BVerfGE* 7, 198 (207)] de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo...: «De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia» [*BVerfGE* 39, 1 (41)]” (Alexy 1993, 507).

*de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). En cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal.*⁶⁴⁷

Ese mismo Tribunal ha especificado que los derechos fundamentales afectan a todas las ramas del derecho⁶⁴⁸ y establecido que “son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (art. 53 de la Constitución)”⁶⁴⁹, lo que tiene la virtualidad de evitar que la vigencia de tales derechos se vea impedida por la legislación negativa, es decir, por la ausencia de desarrollo de los mismos mediante leyes ordinarias⁶⁵⁰.

Tenemos, por lo tanto, que el carácter subjetivo de los derechos fundamentales consiste en que fijan el estatus jurídico de los individuos, garantizándoles el poder de ejercerlos y de exigir judicialmente su respeto y protección.

Por otra parte, el carácter objetivo de tales derechos significa que, constituyendo elementos básicos de todo el ordenamiento, están dotados de la máxima normatividad jurídica, lo que implica que vinculan a todos los poderes públicos, que irradian sobre todas las ramas del derecho,

⁶⁴⁷ Tribunal Constitucional de España 1981c, 8-9.

⁶⁴⁸ “Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social»” (Tribunal Constitucional de España 1985, II. 4).

⁶⁴⁹ Tribunal Constitucional de España 1983, II.2. El inciso 1 del citado artículo 53 establece que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. Además, “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (art. 24.1).

⁶⁵⁰ Cf. Sarazá 2008, 301. Cf. Jorge 2005, II, 37.

que son inmediatamente aplicables, que surten efectos también en la relaciones entre particulares y que comprometen una acción positiva por parte del Estado ⁶⁵¹.

A continuación nos proponemos desarrollar brevemente estas dos últimas consecuencias de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que no han sido anteriormente aludidas.

4.3.3. Dos consecuencias de la objetividad de los derechos fundamentales

A. El efecto horizontal

En efecto, tal y como Alexy ha señalado, “las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal” ⁶⁵², lo que es generalmente aceptado por la doctrina ⁶⁵³. El constituyente chileno se cuidó de especificar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [los del Estado] como a toda persona, institución o grupo” ⁶⁵⁴, pero, en realidad, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* no es sino un corolario de su dimensión objetiva y, en última instancia “de la afirmación de la Ley fundamental como norma jurídica y del principio de interpretación conforme a la misma” ⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Cf. Bustamante 2001, 99; Durán 2003, 283-284.

⁶⁵² Cf. Alexy 1993, 510-511.

⁶⁵³ “Podemos también señalar con Häberle que la protección del contenido esencial de los derechos constituye una garantía institucional en relación con los fines establecidos objetivamente por la carta fundamental. De esta forma, el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares-Estado, sino también entre particulares” (Nogueira 2003, 74). “En efecto, si bien algunos derechos fundamentales, por su naturaleza, generan obligaciones sólo frente al Estado (por ejemplo, el derecho de petición o el derecho a la igualdad ante la ley), la mayoría de ellos encierra también una exigencia de respeto frente a los particulares...” (Bustamante 2001, 100).

⁶⁵⁴ *Constitución Política de la República de Chile*, art. 6.2.

⁶⁵⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Escritos sobre derechos fundamentales*, citado por Barranco 2000, 388. “Una perspectiva amplia de la Constitución en clave normativa permite un reconocimiento de los derechos en toda su amplitud, ante los que se vinculan los particulares y los poderes fácticos –no solo las entidades de poder público– como sujetos obligados” (Caballero 2006, I, 47).

Si los derechos fundamentales se limitaran a ofrecer protección, tal y como ha pretendido Dworkin, “no contra otras personas en cuanto individuos, sino contra los gobiernos”⁶⁵⁶, no estaríamos en condiciones de encarar el “acuciante imperativo político del presente” que viene dado por la pujante emergencia de poderes sociales fácticos, particularmente económicos y financieros, que, en muchas ocasiones, resultan incluso más implacables que las viejas autoridades públicas en la violación de los derechos fundamentales⁶⁵⁷ y a los cuales la globalización en curso está dotando de una crecientemente intensa capacidad para incidir sobre las personas y afectar a importantes aspectos de sus vidas⁶⁵⁸.

Ahora bien, a esa justificación pragmática del efecto horizontal de tales derechos cabe añadir, desde la óptica del fenómeno neoconstitucional como *ethos* político-jurídico de la dignidad de las personas, que la mejor defensa de ésta consiste, como sugiere Vitale, en reconocerles la titularidad de los derechos fundamentales dondequiera que se encuentren⁶⁵⁹. Dicho en otros términos, el efecto horizontal de los derechos fundamentales verifica que, en un Estado constitucional democrático y social, “el respeto de la dignidad es un mandato que obliga no sólo a

⁶⁵⁶ Dworkin 2008, 48. Tal tesis no es sino un corolario de su “teoría de tono menor de los derechos morales en contra del Estado” (cf. Dworkin 1984, 219 ss.). Lo cierto es que para vincular el Estado a los derechos no es necesario desvincular a los individuos.

⁶⁵⁷ Cf. Pérez Luño, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado por Barranco 2000, 388-389. En ese mismo sentido ha señalado Vitale que, en “la *ratio* del constitucionalismo..., existe un coto vedado que limita directamente las decisiones políticas de la mayoría, que fija lo que las mismas absolutamente no pueden hacer y lo que absolutamente deben llevar a cabo. Pero, indirectamente, también significa poner límites a los otros poderes, al poder económico y al poder ideológico (que hoy se expresa... a través de los medios masivos de comunicación). De hecho significa obligar al legislador, por lo tanto, al poder político, a producir normas que, por un lado, prohíban que las personas sean reducidas a simples mercancías y/o consumidores y, por el otro, en «siervos contentos» o en «esclavos fanáticos»” (Vitale 2002, 46).

⁶⁵⁸ “Una teoría constitucionalmente adecuada de la eficacia de los derechos fundamentales no puede... soslayar que tan graves son las amenazas a la libertad provenientes del Estado como las de esa omnipresente y globalizante sociedad civil universal” (Jorge 2005, II, 111).

⁶⁵⁹ “...la mejor defensa de la autonomía ideal y de la capacidad de elección moral y política del individuo radica en concebirlo, en todas partes, como titular de derechos fundamentales” (Vitale 2002, 48).

las autoridades públicas sino a los particulares, cualesquiera que sea la relación que exista entre éstos. Es, en sí mismo, un principio mínimo de convivencia”⁶⁶⁰.

Resultaría, ciertamente, esperpéntica la figura de un Estado comprometido con la dignidad y los derechos de unos ciudadanos que, por su parte, estuvieran autorizados a irrespetarse mutuamente tal dignidad y violar tales derechos en sus relaciones privadas. Superada la concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos,

*el análisis de los derechos fundamentales pasa... a un primer plano, lo que implica que su estudio no se va a realizar únicamente en función de su relación con el Estado, sino que va a primar la consideración de la dignidad y de la libertad y la libertad de la persona como núcleo central del ordenamiento, sobre el que ha de girar toda la vida pública, y a cuyo respeto están obligados, no sólo los poderes públicos, sino también todas las personas. Si lo que interesa es el mantenimiento de las condiciones que permitan hablar de la existencia incólume de la dignidad y de la libertad, no existe motivo alguno para excluir como lesión de las mismas aquellas agresiones que provienen de los sujetos particulares.*⁶⁶¹

Lo dicho permite entender, como resume Jorge Prats, que hoy no se discuta que los derechos fundamentales tienen un efecto *inter privatos*, aunque, como él mismo añade, “la mejor doctrina insiste en que se tome en cuenta la multifuncionalidad de los derechos fundamentales para así posibilitar las soluciones diferenciadas conforme al derecho en causa en el caso concreto”⁶⁶².

En efecto, dado que los derechos fundamentales vinculan al legislador, a él corresponde la transformación del contenido general de los mismos en contenidos concretos del derecho privado que resulten inmediatamente obligatorios para los participantes en relaciones de ese tipo.

⁶⁶⁰ “El principio de dignidad humana, base última del sistema jurídico, exige del Estado y de los particulares un compromiso permanente por respetar los valores de igualdad, libertad y solidaridad” (Corte Constitucional de Colombia. *Sentencias T-461/1998 y T-958/2001* respect. Citadas por Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 24).

⁶⁶¹ Naranjo de la Cruz, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, citado por Jorge 2005, II, 101.

⁶⁶² Jorge 2005, II, 106. Los derechos fundamentales “cumplen una función de defensa...; una función de prestación social...; una función de protección ante los terceros...; y una función de no discriminación” (Jorge 2005, 114).

No obstante, en aquellos casos en que la protección legislativa de los derechos fundamentales resulte exigua o, peor aún, inexistente, en razón de esa misma concepción normativa de la Constitución que hace que los derechos fundamentales surtan un efecto horizontal debe decirse que los jueces se encuentran obligados a aplicar inmediatamente los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados ⁶⁶³.

Una tal aplicación puede consistir en interpretar el derecho privado vigente conforme a tales derechos, pero, si todavía esto resulta insuficiente, “el juez puede y debe inaplicar las normas del Derecho privado que resulten inconstitucionales a la luz del catálogo de derechos fundamentales” ⁶⁶⁴, cuya tutela judicial efectiva pueden los ciudadanos impetrar ante los tribunales independientemente de que hayan sido o no concretados legislativamente ⁶⁶⁵.

B. La acción positiva

El respeto de los derechos fundamentales exige, ciertamente, que las autoridades públicas se abstengan de tomar determinadas decisiones y de llevar a cabo determinadas acciones.

En lo que respecta al tratamiento de los extranjeros, resulta muy interesante el señalamiento efectuado por Dworkin, según el cual el respeto de la dignidad humana opera no sólo como interdicción de transgredir “los derechos humanos primordiales”, es decir, “aquellos que todo país debe respetar con independencia de cuáles sean sus prácticas y tradiciones”, sino que también comporta un requisito de consistencia en la propia interpretación de la misma, de tal modo que sólo un gobierno malintencionado podría tratar a alguien de una forma tal que resultara

⁶⁶³ Para una tal concepción de la Constitución no es correcto que los principios –y las normas relativas a derechos fundamentales, como diremos, lo son– sean razones sólo para reglas, sino que también pueden ser razones para decisiones, o sea, juicios concretos de deber ser (cf. Alexy 1993, 102).

⁶⁶⁴ Jorge 2005, II, 108; puede verse una presentación de la cuestión relativa a la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en las pp. 97-111. Cf. también Alexy 1993, 511-513.

⁶⁶⁵ Cf. Sarazá 2008, 742.

injustificable con arreglo a la concepción de la dignidad adoptada en el país correspondiente a tal gobierno ⁶⁶⁶.

Ahora bien, la lógica jurídica que se sigue del establecimiento de la dignidad como fundamento, como es el caso en el paradigma neoconstitucional, impone a las autoridades públicas de un Estado no sólo deberes negativos o de abstención, sino también positivos o de adopción de determinadas medidas ⁶⁶⁷.

De ahí que, en una muy firme tradición jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia haya podido dejar bien sentado que

los derechos fundamentales no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana,

⁶⁶⁶ Cf. Dworkin 2008, 59 y 63. “Los países y las personas pueden discrepar ampliamente aunque de buena fe acerca de cuál es la mejor interpretación de cada uno de los principios de la dignidad humana (...) Sin embargo, algunos actos de gobierno son tan claramente incompatibles con los principios de la dignidad humana que es imposible pensar que alguna concepción inteligible de esos principios pueda justificarlos. Debemos establecer una lista de derechos humanos esenciales que circunscriba las violaciones a actos de este tipo”, tales como la tortura, la discriminación o el genocidio. Ahora bien, “no siempre el respeto de esos derechos primordiales basta para satisfacer el derecho humano fundamental; este derecho exige algo más a algunas naciones en particular, puesto que las prácticas de esas naciones pueden mostrar que consideran ultrajantes algunos tipos de trato, aun cuando otros países no lo entiendan así. En ese caso dichas naciones no respetarían a aquellas personas a las que dispensasen esos tipos de trato. Imaginemos que una comunidad ha establecido y protege una versión de libertad de expresión particularmente vigorosa. Si esa doctrina representa la opinión reflexionada de la comunidad acerca de lo que exige la dignidad humana, entonces no puede defender que la negación de una igual libertad a algún colectivo dentro del país –o también el exterior– es un intento bienintencionado de respetar sus derechos humanos”, como sucedería con las violaciones de la libertad de conciencia, expresión, de actividad política, de religión, etcétera (Dworkin 2008, 55 y 62 respect.; cf. 54-57).

⁶⁶⁷ “Observar la dignidad humana implica una obligación de abstención por parte de los poderes públicos, que no podrán realizar actividades que perjudiquen la dignidad humana. Proteger la dignidad humana implica una acción positiva por parte de los poderes públicos, que deberán defender la dignidad humana cuando sea perjudicada” (Tribunal Constitucional Federal de Alemania. BVerfGE 1,332 (343), citado por Nogueira 2003, 178).

lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna. ⁶⁶⁸

En el orden de los Tratados internacionales relativos a derechos humanos destaca, en ese mismo sentido, el deber de adoptar disposiciones internas establecido por la *Convención americana* y por el *Protocolo de San Salvador* ⁶⁶⁹.

Probablemente sea en la tesis de lo “indecible que no” perteneciente al modelo garantista de Ferrajoli donde la doctrina ha enfatizado con mayor vigor la dimensión positiva que comporta para el Estado, incluso para sus mayorías democráticas, el compromiso con los derechos de cada ciudadano ⁶⁷⁰. Lo que no parece juicioso es entender, como en ese modelo se hace, que sean sólo los derechos sociales los que generen vínculos positivos o mandatos, mientras que los de libertad vincularían únicamente de forma negativa, es decir, en tanto que prohibiciones. Si los derechos de libertad incluyen, entre otros muchos, los relativos a la iniciativa económica privada, éstos requieren del Estado el cuidado y estímulo de la libre competencia mediante la vigilancia y la

⁶⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-596/92*, citada por Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 24. “Como principio, la dignidad humana se vierte al interior de todos los derechos fundamentales (...) De tal suerte que la dignidad humana es salvaguardada cuando se protegen los derechos fundamentales. Estos derechos implican una serie de prestaciones por parte del Estado con el propósito de no verse vulnerados” (Corte Constitucional de Colombia 2005b; cf. Corte Constitucional de Colombia 2006a, IV.2).

⁶⁶⁹ Si el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta *Convención* “no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (*Convención americana sobre derechos humanos*, art. 2). También en el artículo 1 del *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos económicos, sociales y culturales* se establece la obligación de adoptar las medidas necesarias en orden a la plena efectividad de los derechos allí reconocidos.

⁶⁷⁰ “...los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de *lo indecible que* y de *lo indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones” (Ferrajoli 2004a, 23-24; cf. Ferrajoli, 2002, 8).

sanción de prácticas tendentes a obstaculizarla o hacerla desaparecer. Nada tiene de extraño, por lo tanto, que el artículo 244.3 de la *Constitución política de la República del Ecuador*, por ejemplo, haga al Estado responsable de “impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopolísticas y otras que la impidan y distorsionen”. Sabemos, por lo demás, de la amplia difusión que conoce la función estatal de vigilancia de la competencia.

4.3.4. ¿La acción positiva horizontal?

Un problema particularmente delicado es el que viene planteado por el entrecruzamiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales con la necesidad de una acción positiva, es decir, la cuestión de saber si la lógica del Estado constitucional democrático y social como *ethos* objetivo de la dignidad exige que los ciudadanos se encuentren obligados a adoptar en sus relaciones privadas medidas positivas orientadas a la mutua salvaguardia de sus derechos fundamentales.

El adecuado discernimiento de la respuesta que cabe razonablemente ofrecer a tal cuestión requeriría una extensión que, desgraciadamente, no podemos permitirnos en el marco de la presente investigación.

Entendemos, sin embargo, que cabe afirmar, en línea de principio, que una respuesta positiva conduciría directamente al totalitarismo, pues si cada ciudadano resultara ser privadamente responsable de tomar medidas positivas para proteger el ejercicio de los derechos fundamentales de todos sus conciudadanos, incluidos los sociales, prácticamente la totalidad de los aspectos de su vida y de sus recursos estaría sometida a regulación constitucional, con lo que el ámbito de su autonomía personal quedaría reducido a la vaciedad.

Es verdad, como antes hemos afirmado, que la ciudadanía es membresía del Estado y que los derechos por éste reconocidos tienen un efecto horizontal, pero no lo es menos que sólo en una perspectiva totalitaria cabría identificar al ciudadano con el hombre, lo que equivaldría a aniquilar la dimensión individual de la vida humana.

Las acciones positivas horizontales en orden a la satisfacción de los derechos fundamentales de todos los conciudadanos forman parte de la cultura de la solidaridad que, en razón de lo que más

tarde denominaremos una particular ética de máximos, nosotros consideramos moralmente deseable y socialmente necesaria para poder avanzar hacia mayores cuotas de humanidad en nuestras relaciones sociales, pero la obligatoriedad jurídica de las mismas no podría significar, como decimos, sino la reducción del hombre al ciudadano, es decir, una vulneración sistemática de su dignidad.

Por consiguiente, la ilegitimidad de la acción positiva horizontal en condiciones ordinarias viene dada por la existencia de un conjunto de derechos individuales que se sintetizan en el principio básico de la autonomía de la voluntad.

Cabe pensar, no obstante, que en determinadas circunstancias excepcionales tales derechos puedan y deban ser ponderados con otros –como el derecho a la vida– radicalmente importantes. Así, al menos la figura jurídica de la asistencia debida a cualquier persona en peligro grave e inminente para su propia vida representa, a nuestro entender, un deber *prima facie* que forma parte del mínimo respeto de la dignidad humana que los ciudadanos de un Estado comprometido con la misma deben exigirse jurídicamente a sí mismos. En situaciones extraordinarias, dicho de otro modo, puede perfectamente establecerse –en el citado caso de figura debe ser establecida– la obligatoriedad de determinadas acciones positivas horizontales, lo que ciertamente representaría un límite para la autonomía de la voluntad, pero éste, por más que radicalmente importante, sólo es, en última instancia, otro derecho y, como tal, susceptible de ser sometido a ponderación ⁶⁷¹.

4.4. Los derechos fundamentales en tanto que principios

4.4.1. Reglas y principios

La ya clásica distinción entre reglas y principios como dos tipos de normas jurídicas –que pueden ambas ser formuladas mediante las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición– es portadora de una gran potencialidad heurística de cara a la comprensión del modo de funcionamiento de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático y social. Según Alexy,

⁶⁷¹ Cf. Bustamante 2001, 99-101.

*el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos (...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios... En cambio las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho.*⁶⁷²

Tal distinción aparece claramente en “las colisiones de principios” y en “los conflictos de reglas”, que, aunque tienen en común el hecho de que la aplicación independiente de dos normas conduce a resultados incompatibles, se diferencian por el modo de solución. Así, mientras que el conflicto de reglas únicamente puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción o bien declarando inválida al menos una de ellas y, por lo tanto, eliminándola del ordenamiento, la colisión de principios se resuelve mediante la ponderación de intereses opuestos a fin de poder determinar cuál de ellos, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto, estableciéndose así entre tales principios una relación de precedencia condicionada, es decir, relativa a las circunstancias del caso⁶⁷³.

La distinción entre reglas y principios se da actualmente por adquirida en la teoría del derecho. La hace suya, por ejemplo, Zagrebelsky⁶⁷⁴ y es idéntica a la propuesta por Dworkin entre

⁶⁷² Alexy 1997, 162; cf. Alexy 1993, 86-87.

⁶⁷³ Cf. Alexy 1993, 87-90. Las circunstancias concretas del caso desempeñan un doble papel en la ponderación, siendo tanto la condición de la relación de precedencia entre los principios como un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma, presupuesto del que siguen determinadas consecuencias jurídicas (R). Ello conduce a Alexy a formular la siguiente “ley de colisión”, que es uno de los fundamentos de la teoría de los principios: “Si el principio P₁, bajo las circunstancias C, precede al principio P₂: (P₁ P P₂) C, y si de P₁ bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C → R” (Alexy 1993, 94).

⁶⁷⁴ “Las reglas son aplicables a la manera del «todo o nada», del aut-aut. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible. No sucede así con los principios, porque éstos presentan una dimensión que las reglas no poseen; la del peso y la importancia” (Zagrebelsky 1997, 125).

“normas” y “principios” ⁶⁷⁵, aunque también ha acuñado las expresiones “una constitución de principios” y “una constitución de detalles” o de “reglas” para pasar a defender la primera de esas dos formas de comprender el texto constitucional, tal y como hace la interpretación jurídica común ⁶⁷⁶. Los principios, según Dworkin, contendrían “conceptos” morales u “órdenes abstractas”, que dejan abierto su significado concreto en unas u otras circunstancias particulares, mientras que las reglas registrarían una teoría relativa a la satisfacción de tal concepto o, lo que es igual, la “concepción” específica prevalente en un determinado momento ⁶⁷⁷.

Pues bien, por más que los derechos fundamentales sean ocasionalmente formulados como reglas con el propósito de evitar los abusos que vienen posibilitados por la indeterminación concreta de los principios ⁶⁷⁸ y que éstos, por otra parte, puedan referirse también a bienes colectivos, lo

⁶⁷⁵ “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión (...) Pero no es así como operan los principios...”. “Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren... quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno (...) Las normas no tienen esta dimensión (...) Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”. “Sólo las normas imponen resultados pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esta manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan” (Dworkin 1984, 74-75, 77-78 y 89 respect.).

⁶⁷⁶ “La interpretación jurídica común apoya a los principios más que a la comprensión detallista de la Constitución” (Dworkin 1994, 162). “Distinguir los principios y las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución y la ley” (Zagrebelsky 1997, 110). “En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución” (Alexy 1997, 176).

⁶⁷⁷ Cf. Dworkin 1984, 209-216.

⁶⁷⁸ “...lo que ocurre cuando se quiere otorgar una protección reforzada a ciertos derechos o sustraer algunos supuestos específicos de la indeterminación y discrecionalidad que en mayor medida envuelve la aplicación de los principios” (Lopera 2008, 56). Es el caso, por ejemplo, de las prohibiciones de la pena de muerte en términos absolutos.

cierto es que las normas sobre derechos suelen ordinariamente venir dadas como principios constitucionales⁶⁷⁹.

4.4.2. La limitación de los derechos fundamentales

Lo anteriormente dicho implica que la mayor parte de los derechos no son absolutos –no deben olvidarse aquellos que, formulados en forma de reglas, sí lo son–, sino que tienen un carácter *prima facie*⁶⁸⁰, siendo, por lo tanto, susceptibles de ser limitados en su ejercicio cuando así venga requerido por la protección de otros derechos o de bienes jurídicamente protegidos.

“Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario –confirma Zagrebelsky– que pierdan su carácter absoluto (...) es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente”⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ “Las palabras de la *Declaración de derechos*, leídas de un modo natural, en realidad parecen crear una constitución de principios vertiginosamente abstracta” (Dworkin 1994, 169). “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios” (Zagrebelsky 1997, 109). Los principios relativos a derechos, como también los referidos a bienes colectivos, suelen alojarse en sede constitucional a fin de dotarlos de la máxima normatividad jurídica, pero, según Ferrajoli, también pueden encontrarse sólo en leyes ordinarias, como en ocasiones sucede, por ejemplo, con las garantías procesales contenidas en un código procesal penal (cf. Ferrajoli 2004a, 38). Es claro, por lo demás, que no todos los derechos jurídicos son fundamentales; ni siquiera, según Dworkin, todos los constitucionales (cf. Dworkin 1984, 285).

⁶⁸⁰ Cf. Alexy 1993, 98-101. Considerar que un principio absoluto puede referirse a derechos fundamentales abocaría a una contradicción: en caso de colisión, los derechos de todos los individuos fundamentados por el principio tendrían que ceder frente al derecho de cada individuo fundamentado por ese mismo principio. “Por lo tanto, vale el enunciado según el cual los derechos absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales o bien sólo lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico” (Alexy 1993, 106).

⁶⁸¹ Zagrebelsky 1997, 125. “No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores (...) Es necesario, sin embargo, percatarse del hecho de que esta idea de las transacciones entre valores puede derivar en algo muy parecido al mercado de los valores, y esta mutación genética del espíritu en economía resultaría plenamente realizada cuando a cada valor –como «valor de cambio»– le fuese atribuido su «justo precio» (...) Una sociedad pluralista debería levantar sólidas defensas contra una tendencia de este género, tendencia que, al final, no satisfaría por igual todos los valores en juego, ni siquiera mediante la transformación de los valores sacrificados en valor-dinero, el valor de la economía, capaz de someter a su yugo a todos los demás, originariamente de naturaleza no económica. Las sociedades que quisieran afirmar su carácter pluralista deberían afirmar «valores que no tienen precio», valores entre los que el equilibrio deba alcanzarse mediante la ponderación con otros valores del mismo tipo, sin la participación del *medium* homologador y desnaturalizador del dinero” (Zagrebelsky 1997, 125-126).

Incluso Dworkin, quien insiste copiosamente en que los derechos representan triunfos individuales frente al beneficio general o el cálculo de utilidad de las mayorías, criterio al que suele acudir en muchos procesos de toma de decisiones políticas ⁶⁸², se ve en situación de tener que admitir:

Tampoco quiero exagerar. Quien afirme que los ciudadanos tienen un derecho en contra del Gobierno no necesita ir tan lejos que diga que el Estado no tiene nunca justificación para invalidar ese derecho. Podría decir, por ejemplo, que aunque los ciudadanos tengan derecho a la libertad de expresión, el Gobierno puede invalidar ese derecho cuando es necesario para proteger los derechos de otros, o para impedir una catástrofe o incluso para obtener un mayor beneficio público claro e importante (aunque si reconociera esto último como justificación posible no estaría colocando el derecho en cuestión entre los más importantes o fundamentales). ⁶⁸³

Tenemos, en suma, que los principios, incluidos aquellos que formulan derechos fundamentales, están necesariamente sometidos a ponderación, lo que implica la posibilidad de que sus titulares vean limitado el ejercicio de los mismos en razón del mayor peso que, en el caso particular, tenga otro derecho fundamental o un bien jurídicamente protegido ⁶⁸⁴.

Sin embargo, el que los derechos fundamentales puedan ser ponderados en nada resta fuerza a la afirmación de que la dignidad humana constituye tanto su fundamento como su objetivo, pues esto no significa, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, que tales derechos sean *in*

⁶⁸² Cf. Dworkin 2008, 48-49. “La institución de los derechos se basa en la convicción de que... vale la pena pagar el coste adicional de política social o de eficiencia que sea necesario” (Dworkin 1984, 295).

⁶⁸³ Dworkin 1984, 285-286. En *El dominio de la vida* pareció operar con un criterio más estricto, puesto que allí entendía que el Estado no puede anular o restringir los derechos constitucionales “salvo que tenga una razón muy importante para ello –a veces la Corte Suprema la describe como una razón *imperativa*– (...) Un estado, por ejemplo, necesitaría una razón ciertamente muy poderosa para justificar cualquier restricción del contenido político de lo que un individuo puede decir o escribir (...) Presumiblemente, el estado tendría que mostrar, por lo menos lo que Oliver Wendell Holmes llamó un «peligro claro y actual»” (Dworkin 1994, 139-140).

⁶⁸⁴ Puede verse una presentación de los métodos de solución de las colisiones entre principios (la *preferred position*, el *balancing* en sentido amplio y en sentido estricto, la ponderación, los límites internos, etcétera) en Bustamante 2001, 122-141.

toto condiciones imprescindibles para la efectiva incolumidad de la dignidad, de modo que toda restricción en el ejercicio de aquéllos equivalga a una violación del respeto a ésta ⁶⁸⁵.

El respeto a la dignidad, por el contrario, sí exige, tal y como establece ese mismo Tribunal y ya hemos señalado en el contexto de sus funciones en el sistema de derechos, que ninguna de las limitaciones en el disfrute de un derecho conlleve menosprecio para la misma, que vendría así a constituirse como *minimum* invulnerable; asimismo exige que, aun debiendo ser ocasionalmente restringidos en su ejercicio, los derechos fundamentales sean siempre optimizados, es decir, realizados en la mayor medida de las posibilidades jurídicas y fácticas.

Existen, por decirlo de otro modo, límites de los límites de los derechos fundamentales. Éstos, según un planteamiento, vendrían dados por el contenido esencial de los mismos consignado en la *Ley fundamental* alemana y en la *Constitución* española ⁶⁸⁶. El Tribunal Constitucional de España ha seguido dos caminos de aproximación a la idea de contenido esencial:

El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho (...) Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así (...)

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una

⁶⁸⁵ Cf. Tribunal Constitucional de España 1990, II.4.

⁶⁸⁶ El artículo 19 de la *Ley fundamental* alemana establece: “(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. En el artículo 53.1 de la *Constitución* española puede leerse: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

*esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*⁶⁸⁷

Ahora bien, mucho nos tememos que resulta completamente inoperante a efectos legislativos o judiciales decir que el contenido esencial de un derecho es aquello que hace que conserve su naturaleza propia o que es necesario para proteger los intereses concernidos.

En la doctrina alemana se encuentran algunas teorías, respaldadas por un desarrollo jurisprudencial de su Tribunal Constitucional, que se apartan de la comprensión del contenido esencial de los derechos fundamentales como núcleo mínimo o irreductible de los mismos, interpretando el mandato del respeto a dicho contenido por parte de la *Ley fundamental* como el establecimiento de la obligatoriedad del control de constitucionalidad sobre cualesquiera normas que regulen, configuren o limiten el ejercicio de un derecho fundamental, lo cual, de ser correcto, implicaría la desaparición de la diferencia entre un contenido esencial y otro periférico⁶⁸⁸. De ahí que Bustamante Alarcón concluya que “el contenido esencial de cada derecho fundamental debe identificarse con la totalidad del contenido del derecho, y entenderse como un mandato explícito –en aquellas constituciones o cartas fundamentales que lo recojan– para controlar la validez o constitucionalidad de cualquier norma que incida en los derechos fundamentales, sea para limitar o regular su ejercicio o para configurarlos”⁶⁸⁹.

4.4.3. Los derechos “vivientes” y las generaciones de derechos

El hecho de que las normas sobre derechos fundamentales suelen venir formuladas como principios y que éstos contengan conceptos susceptibles de diversas y cambiantes concepciones

⁶⁸⁷ Tribunal Constitucional de España 1981b, II.8.

⁶⁸⁸ Cf. Bustamante 2001, 154-156. Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha vinculado sistemáticamente el artículo 19.2 de su *Ley Fundamental* con el 1.3, según el cual “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable”, lo que ha dificultado poder determinar una función específica para el artículo 19.2 (cf. Bustamante 2001, 157-158).

⁶⁸⁹ Bustamante 2001, 161.

permite entender que el sistema de los derechos fundamentales, al igual que sucede con el conjunto constitucional, sea capaz de un fuerte dinamismo que lo abre a futuros desarrollos. Es a ese carácter evolutivo de la Constitución y de los derechos fundamentales por ella consagrados, del cual ya Smend, por cierto, fue plenamente consciente ⁶⁹⁰, al que hace referencia la expresión *living Constitution* de la doctrina estadounidense, hoy, por lo demás, ampliamente extendida.

Una característica no accidental de la constitución es su naturaleza de principio. Los principios son normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro. Si la Constitución italiana (artículo 27, párrafo 3) prohíbe las penas contrarias al “sentido de humanidad”; si la Constitución estadounidense (Enmienda VIII) prohíbe las penas “inusitadas y crueles”, y no han sido prohibidas, analíticamente, los azotes, la tortura, la picota, etcétera, es porque estaba en la intención de los constituyentes que esas formulaciones vivieran en el futuro. Los principios contienen “conceptos” (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etcétera) que (según la distinción de R. Dworkin) viven a través de sus “concepciones”, cambiantes en el tiempo. Por tanto, se puede decir fundadamente que la “constitución viviente”, es decir la apertura a la evolución de la cultura jurídica, es, justamente, lo que encontramos en la intención de los constituyentes, cuando se expresan por medio de normas de principio. ⁶⁹¹

En efecto, si el derecho actual es “un incesante «hacerse»”, que requiere, como bien señala Zagrebelsky, de la clásica virtud de la prudencia ⁶⁹², no lo son menos los derechos fundamentales,

⁶⁹⁰ “Lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora y supletoria de sus propias lagunas (...) No pueden ni pretenden (al menos ésta es su intención objetiva) más que sugerir (...) Por ello mismo no pretenden nunca poseer una validez tan estricta y predeterminada como el derecho de las asociaciones inferiores, que ha de regular de forma abstracta muchos casos particulares. Las Constituciones dejan libre el camino a la propia dinámica constitucional y su específica tendencia hacia la integración a través de disposiciones normativas concretas tiene lugar solamente en contadas ocasiones” (Smend 1985, 134-135).

⁶⁹¹ Zagrebelsky 2007, 9.

⁶⁹² El derecho actual es “un incesante «hacerse» donde confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales. Resulta aquí oportuna la contraposición, cuyo significado originario ya no se percibe hoy, entre *scientia juris* y *scientia prudentia*, la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio especulativa* frente a *ratio practica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, toda-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos hasta lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo. En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina «razonabilidad»: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la «prudencia» en el tratamiento del derecho” (Zagrebelsky 1997, 123).

cuya razón de ser no es otra que la salvaguardia de la dignidad de las personas humanas, permanentemente confrontadas a situaciones históricas cambiantes y nuevos contextos emergentes. Un sistema de derechos fundamentales representa, a nuestro entender, una concreción de las exigencias del respeto de la dignidad humana en un determinado momento histórico, exigencias que dependen de una amplia y diversa gama de factores sobre la que Bobbio ha llamado la atención.

*El elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios necesarios para su realización, de las transformaciones técnicas, etc. (...) Lo que prueba que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza. Aquello que parece fundamental en una época histórica y en una civilización determinada, no es fundamental en otra época y en otra cultura.*⁶⁹³

Igualmente Ferrajoli destaca el carácter dinámico del sistema de derechos fundamentales, considerándolo vinculado a la historia de los movimientos revolucionarios modernos que han tratado de subvertir la ley del más fuerte⁶⁹⁴. Sin embargo, tal y como él mismo señala, entre los factores de evolución de tales derechos ha de contarse con “la creciente evidencia de violaciones de la persona percibidas como intolerables”⁶⁹⁵, evidencia que nosotros interpretamos como sedimentación de largos procesos de maduración moral, en razón de la cual determinados

⁶⁹³ Bobbio 1991, 56-57. Los derechos nacen en circunstancias “caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes (...) Ciertas exigencias nacen sólo cuando nacen ciertas necesidades. Nuevas necesidades nacen en relación al cambio de las condiciones sociales, y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlas” (Bobbio 1991, 18-19).

⁶⁹⁴ “Todas las diversas generaciones de derechos... equivalen a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: liberales, socialistas, feministas, ecológicos, pacifistas. No sólo. Siempre, los derechos fundamentales... se han afirmado como *leyes del más débil* como alternativa a la ley del más fuerte que tendría vigencia y seguiría teniéndola si aquéllos faltaran” (Ferrajoli 2002, 17; cf. Ferrajoli 2004a, 54). “El carácter de fundaciones de constitución que a menudo confirman y sellan el éxito de las revoluciones políticas, sugiere la engañosa imagen que las Constituciones así nacidas producen de un limitarse a consignar, a hacer constar normas estáticas, sustraídas al tiempo y resistentes al cambio histórico (...) toda Constitución en un proyecto que sólo puede cobrar *consistencia* en el modo de una interpretación constitucional sostenida, impulsada continuamente hacia delante en todos los planos de la producción de normas” (Habermas 1998, 195).

⁶⁹⁵ “El hecho de que los derechos humanos y con ellos todo el progreso de la igualdad se hayan ido afirmando cada vez más, primero como reivindicaciones y después como conquistas de los sujetos más débiles dirigidos a poner término a sus opresiones y discriminaciones, no se ha debido a la casualidad sino a la creciente evidencia de violaciones de la persona percibidas como intolerables” (Ferrajoli 2001b, 363).

tratamientos de la persona humana llegan, en un determinado momento, a ser considerados como absolutamente rechazables. En nuestra sucesión generacional, efectivamente, las personas aprendemos, y “no sólo a nivel científico, técnico o artístico, sino también a nivel moral: el reconocimiento de la autonomía personal, la dignidad que, en consecuencia, a todo hombre compete, los derechos humanos, el derecho imparcial, la forma de vida democrática se han incorporado a nuestro saber moral en un proceso que resulta ya irreversible, de modo que renunciar a todo ello implica ya renunciar a nuestra propia humanidad”⁶⁹⁶.

El lenguaje de las generaciones de los derechos⁶⁹⁷, en ocasiones rechazado a causa de una percepción del mismo como herramienta ideológica ordenada a privilegiar los derechos históricamente anteriores sobre los posteriores, permite expresar, sin embargo, el carácter evolutivo de los mismos, así como su marcada correspondencia con los sucesivos movimientos revolucionarios modernos. Sugiere, además, la idea según la cual los derechos fundamentales son una historia, que, al igual que la personalidad humana –cuya identidad hemos considerado proyectiva–, permanece abierta. La propia dignidad humana es “un concepto en gran medida abierto”⁶⁹⁸, que evolucionará en función de los nuevos horizontes espirituales y morales que vaya desbrozando la humanidad.

⁶⁹⁶ Cortina 2007b, 23. El contenido jurídico de los derechos fundamentales “no es estático, ni predeterminable; la interpretación de las disposiciones constitucionales –que inevitablemente se refieren a determinados institutos sin definirlos en su conformación jurídica; por ejemplo, se habla genéricamente de «derecho a la libertad y [a la] seguridad», «derecho a la vida», «derecho a la integridad física y psíquica»– está influenciada por los valores sociales vigentes en un momento concreto; es decir, depende de factores externos al mundo del derecho” (Rolla 2007, 468).

⁶⁹⁷ Se habla de generaciones de derechos para hacer referencia a la época en que fueron exigidos. Los de primera generación serían los reivindicados al menos desde el siglo XVIII en el marco de las revoluciones liberales (los civiles y políticos así como las garantías jurídicas). Se llama derechos de segunda generación a los que comenzaron a ser reclamados a finales del siglo XIX y durante el XX con el protagonismo del movimiento obrero (los sociales, económicos y culturales). Entre los de tercera generación, algunos de ellos posteriores a la *Declaración* de 1948, suelen incluirse los derechos al desarrollo, a un medio ambiente sano, a la paz, a la autodeterminación, a la identidad cultural, etcétera. Se habla ya de derechos de cuarta generación para designar, por ejemplo, los relacionados con la protección frente a la manipulación genética, con la integridad psíquica, con la niñez o con las condiciones de vida de las personas discapacitadas.

⁶⁹⁸ Jorge 2005, I, 574.

Tanto las nuevas amenazas que vayan a cernirse sobre la dignidad humana como las emergentes posibilidades de respeto que se le ofrezcan, así como –esperemos– la profundización y el afinamiento de nuestro sentido moral o de la humanidad seguirán manteniendo abierto el sistema de los derechos fundamentales.

4.5. ¿Derechos humanos o derechos fundamentales?

En el presente epígrafe trataremos de sostener que los derechos fundamentales resultan de la positivación jurídica de los derechos humanos, que constituyen el contenido de la actual ética cívica. Para encarar debidamente ese asunto necesitamos, por un lado, situarlo sobre el trasfondo de la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo, puesto que, según algunos autores, los derechos humanos “puede decirse que son... la expresión contemporánea de la ley natural”⁶⁹⁹; ello debería permitirnos considerar la cuestión de la relación entre la moral y el derecho. Hemos de proceder, por otro lado, a distinguir entre lo justo y lo bueno con el objeto de poder captar el carácter de la ética cívica y distinguirlo del de las éticas llamadas de máximos.

4.5.1. Iusnaturalismo y iuspositivismo

A. Los derechos naturales en el primer constitucionalismo

En su afán de restricción del Estado y de separación del mismo respecto de la sociedad, el primer constitucionalismo fue heredero de la tradición iusnaturalista, cuyos derechos naturales resultaron ser idóneos para añadir a la limitación estructural y formal del poder procurada por la distinción entre el poder constituyente y los constituidos, así como por la separación de éstos, otra de tipo sustancial derivada de la existencia de una normatividad pre y supraestatal⁷⁰⁰. De ahí que el artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* estableciera un concepto material de Constitución compuesto por esos dos elementos: “Toda sociedad en la cual

⁶⁹⁹ Lobato 1997, 221.

⁷⁰⁰ Cf. Batista 2005, 44. Los primeros legisladores constitucionales “intentan mantener el contenido del valor legitimador del «orden natural», en tanto que garante de la existencia del Estado y, a la vez, principio regulador del orden positivo, y para ello intentan dar forma a ese contenido, para posteriormente transformarlo en una serie de normas que se sitúen por encima de la Constitución” (Smend 1985, 167).

no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

En efecto, los Estados surgidos de las revoluciones liberales reconocieron los derechos naturales del individuo como anteriores y superiores a ellos mismos y se dieron por función la de proporcionarles cobertura legal, admitiendo por esa vía un presupuesto de tipo material como condición de validez de su propia legislación. La *Declaración* de los independentistas norteamericanos en 1776 remitió ese *ethos* extraestatal a las “leyes de la naturaleza” y al “Dios de esa naturaleza” en el momento de proclamar

*como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.*⁷⁰¹

Asimismo el artículo 1 de la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* (1776), rápidamente integrada en su Constitución, acudió a la “naturaleza” humana para dejar bien sentada la existencia de derechos inherentes a todos los individuos. También los miembros de la Asamblea Nacional Francesa tuvieron conciencia, en el momento de adoptar la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789), de estar formulando los “derechos naturales” del hombre “en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios”.

Tenemos noticia de la existencia de diversas corrientes iusnaturalistas, pero la tesis común a todas ellas consiste en afirmar que existen principios morales de justicia universalmente válidos y

⁷⁰¹ Ely, con todo, hacer notar que, aunque en razón de su carácter de alegato revolucionario contra Gran Bretaña en la *Declaración de independencia* se hubiera de acudir a términos iusnaturalistas, la Constitución –el marco de gobierno– no recurrió en modo alguno a tales filosofías dado que estaban lejos de gozar de una aceptación generalizada (cf. Ely 1997, 69-71).

racionalmente cognoscibles, los cuales afectan a la validez jurídica de las normas, de tal modo que aquellas que no se adecuen a tales principios no pueden ser consideradas como jurídicas⁷⁰².

B. La crítica iuspositivista de los derechos naturales

No obstante esa decisiva contribución a la retórica de las revoluciones liberales, los derechos naturales comenzaron a convertirse en blanco de fuertes críticas desde finales del siglo XVIII. Por ejemplo, en su obra titulada *Falacias anarquistas* ya Bentham limitaba los derechos a los positivamente establecidos, considerando que “derecho” y “ley” son términos correlativos, al igual que sucede con “hijo” y “padre”, por lo que “un derecho natural es un hijo que nunca tuvo un padre” o, lo que es igual, “un sinsentido sobre zancos”⁷⁰³.

La escuela del derecho público alemán concibió los derechos fundamentales, según ya hemos señalado, como derechos públicos subjetivos y el iuspositivismo, en términos generales, llevó a cabo un ataque frontal contra la idea –constitutiva de la tradición iusnaturalista, tanto en su versión teológica como racional– de la existencia de unos derechos naturales jerárquicamente superiores al ordenamiento jurídico positivo.

A continuación acudimos a Kelsen porque su planteamiento nos permitirá no sólo ilustrar el rechazo de la tradición iusnaturalista, sino también distinguir, por un lado, entre el iuspositivismo y el relativismo moral y, por el otro, entre un positivismo jurídico metodológico y otro de tipo ideológico.

C. Kelsen y la teoría pura del derecho

Encontramos, efectivamente, que Kelsen rechaza enérgicamente que la validez de la ley positiva dependa de la adecuación del contenido de sus normas al de las de un orden superior de “justicia

⁷⁰² Cf. Orozco 1987, 27.

⁷⁰³ Bentham, Jeremy. *Falacias anarquistas*, citado por Spector 2001, 11. Allí mismo denunciaba la confusión entre realidad e idealidad operada por la falacia naturalista, comentando sarcásticamente que el hecho del hambre no arguye la existencia del pan (cf. Osuna 2001, 153).

absoluta” inherente a la naturaleza humana ⁷⁰⁴, procediendo a negar la existencia de éste –en razón tanto de las contradicciones en que incurren sus defensores ⁷⁰⁵ como de la falacia naturalista que lo sustenta ⁷⁰⁶– y elaborando, alternativamente, una teoría pura del derecho como “teoría del derecho positivo”.

El derecho positivo es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, es decir, por órganos legislativos, judiciales y administrativos o por la costumbre constituida por actos de seres humanos (...) la Teoría Pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico. No toma en consideración normas emanadas de otra fuente que no sean autoridades humanas (...) Consecuentemente..., excluye la llamada ley natural, ley que, conforme a la doctrina del Derecho natural, es immanente en la naturaleza. ⁷⁰⁷

⁷⁰⁴ “Este orden normativo immanente en la naturaleza es un orden justo de la conducta humana; el Derecho natural es justicia absoluta. En virtud de que, conforme a esta doctrina, el Derecho positivo es válido sólo si responde o corresponde al Derecho natural y sólo en tanto que responda o corresponda, es decir, en tanto que sea justo; y no es válido y eso significa que no sea obedecido y aplicado si no se corresponde o compagina con el Derecho natural, si es injusto; la razón para la validez del Derecho positivo no debe encontrarse en sí mismo, sino en el Derecho natural” (Kelsen 2001, 64-65).

⁷⁰⁵ “Que la naturaleza no es una verdadera fuente del llamado Derecho natural se confirma por el hecho de que los diferentes representantes de esta doctrina han deducido muy diferentes y contradictorias leyes naturales” (Kelsen 2001, 67). “No resulta sorprendente... que los diversos partidarios de la teoría del derecho natural hayan deducido de la Naturaleza Divina o encontrado en la naturaleza humana principios de justicia sumamente contradictorios” (Kelsen 2000, 75).

⁷⁰⁶ “Un enunciado sobre la naturaleza es un enunciado sobre hechos, un enunciado acerca de que algo *es*. El enunciado de una norma es un enunciado de que algo *debe ser*. Del enunciado de que algo *es* no se sigue que algo *deba ser*, así como del enunciado de que algo *deba ser* no puede ni debe concluirse que algo *es*. En la naturaleza observamos que el pez grande se come al chico, pero de este hecho no se concluye que el pez grande deba comerse al pez chico, ni de que el pez grande no deba comerse al pez chico (...) es lógicamente imposible inferir una norma de un hecho, el argumento que algo deba hacerse porque en realidad se hace” (Kelsen 2001, 64-65 y 70). “La Naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, no tiene voluntad propia y, por lo tanto, no puede determinar conducta humana alguna. De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o acontecer. La teoría racionalista del derecho natural se basa en un sofisma cuando intenta extraer de la Naturaleza normas para la conducta humana” (Kelsen 2000, 73-74).

⁷⁰⁷ Kelsen 2001, 63-64. “La diferencia entre normas jurídicas y morales consiste... en que las primeras ordenan o establecen un cierto comportamiento al atribuir o imputar a la conducta contraria un acto coercitivo como sanción, en tanto que las normas morales estatuyen un determinado comportamiento (y algunas de ellas el mismo que el señalado por las normas jurídicas), sin atribuir o imputar al comportamiento contrario una sanción como acto coercitivo. El orden moral es un orden normativo, pero, a diferencia del derecho, no es un orden coercitivo” (Kelsen 2001, 59-60). Sobre el “monopolio de la coacción” ejercido por la comunidad jurídica, cf. Kelsen 1979, 50.

Articulada sobre la separación entre el derecho y la moral y, consiguientemente, entre la ciencia jurídica y la ética, la teoría pura del derecho propuesta por Kelsen se ordena a un conocimiento científico del derecho positivo, para el cual la legitimación de éste mediante un sistema moral viene a resultar completamente irrelevante.

*Aún cuando las normas del derecho, como prescripción del deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluación, sino en una descripción axiológicamente neutra de su objeto. El jurista científico no se identifica con ningún valor científico, ni siquiera con el por él descrito (...) la exigencia de escindir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral; que desde el punto de vista de un conocimiento dirigido al derecho positivo, una norma puede ser tenida por válida aun cuando contradiga el orden moral (...) no corresponde a la ciencia jurídica legitimar el derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna... el orden normativo que sólo debe conocer y describir.*⁷⁰⁸

En coherencia con esa su posición teórica y muy a pesar de encontrarse entre las víctimas del nazismo, Kelsen se vio abocado a tener que reconocer: “Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el derecho bajo el dominio nazi fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no podemos negar que se trató de derecho. El derecho de la Unión Soviética también es derecho. Podemos detestarlo con el mismo horror que nos produce una serpiente venenosa, pero no podemos negar que existe, lo que quiere decir que vale”⁷⁰⁹.

Se entiende, pues, que Radbruch acusara a los iuspositivistas de haber contribuido a la pérdida de capacidad crítica frente al nazismo⁷¹⁰. Lo que no cabe, en todo caso, es imputar a Kelsen un positivismo de tipo ideológico, según el cual la justicia sería inherente al derecho y, por lo mismo, existiría una obligación moral de obedecerlo. “El derecho –según Kelsen– debe distinguirse de la justicia. Un enunciado que describa al derecho no debe implicar ningún juicio

⁷⁰⁸ Kelsen 1979, 81-82.

⁷⁰⁹ Citado por Freund 1965, 137.

⁷¹⁰ “El positivismo en los hechos, con su convicción de que la ley es la ley hizo que los juristas alemanes perdiese valor contra las leyes arbitrarias y violadoras. Por eso, el positivismo no cuenta en absoluto con una posición apropiada para fundar la fuerza de su autoridad en la ley. El positivismo cree que la validez de las leyes se tiene resuelta con la obsesión de la imposición del poder” (Radbruch, Gustav. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, citado por Landa 2002, 116).

acerca del valor moral de la ley, es decir, sobre su justicia o injusticia, lo que por supuesto no excluye el postulado de que el Derecho deba ser justo”⁷¹¹.

Lo único que la teoría pura del derecho exige es admitir que la validez de las normas jurídicas, tanto las constitucionales como las creadas de conformidad con ellas, no depende de categorías morales de raíz teológica, natural o de cualquier otro tipo⁷¹², sino de una hipótesis que Kelsen denomina “norma fundamental”, según la cual “los hombres deben comportarse según lo estableció la Constitución históricamente la primera”⁷¹³. Se cuida, no obstante, de especificar:

*La norma fundamental de la Teoría Pura del Derecho no constituye justificación alguna del Derecho positivo. Esta teoría rehúsa en principio el justificar un Derecho positivo como justo o el condenarlo como injusto. No tiene nada que comentar o decir acerca de lo justo o injusto del Derecho positivo. Esto no significa que la Teoría Pura del Derecho niegue la posibilidad de valorizar el Derecho positivo como justo o injusto, pero presupone que semejante valorización no es materia de la ciencia del Derecho, y que, si tiene lugar, sólo tiene un carácter relativo y, en último análisis, un carácter subjetivo.*⁷¹⁴

Parece claro, por lo tanto, que en el pensamiento de Kelsen convergen el positivismo metodológico y una filosofía moral de corte escéptico y relativista, en razón de la cual un juicio moral no es susceptible de una fundamentación racional, sino que “está determinado por factores emocionales, ostentando, por consiguiente, un carácter altamente subjetivo. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio, siendo, en ese sentido, relativo”⁷¹⁵.

⁷¹¹ Kelsen 2001, 60. Es verdad, no obstante, que su reserva moral frente al derecho se ve debilitada por su visión relativista de la justicia. De hecho, añade inmediatamente después: “Sin embargo, en virtud de que no sólo existe una justicia, sino diferentes e inclusive contradictorios ideales de justicia, el postulado no debe plantearse sin especificar a cuál de estas muchas justicias se refiere” (Kelsen 2001, 60-61).

⁷¹² “Un determinado orden jurídico puede o no corresponder a un determinado orden moral, pero la validez del orden jurídico no depende de su correspondencia a un orden moral. Puede, desde el punto de vista de un determinado orden jurídico, ser considerado como moralmente bueno o malo. Que un orden jurídico sea moralmente bueno, significa que es justo; que un orden jurídico sea moralmente mal significa que es injusto” (Kelsen 2001, 60).

⁷¹³ Kelsen 2001, 76.

⁷¹⁴ Kelsen 2001, 78.

⁷¹⁵ Kelsen 2000, 15. “Si algo puede aprenderse de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana puede concebir sólo valores relativos; en otras palabras, que el juicio con que juzgamos algo justo no puede osar jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta configura una perfección suprema irracional. Desde la perspectiva del conocimiento racional sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses. Zanzar los mismos supone dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o establecer un equilibrio entre ambos. Resulta imposible demostrar cuál es la solución justa” (Kelsen 2000, 77-78).

De ahí su “filosofía relativista de la justicia”, que no incurre, según él, en un relativismo amoral o inmoral, sino que viene configurada por la tolerancia como principio ético fundamental, esto es, el imperativo de buena voluntad para comprender y no impedir la exteriorización pacífica de las concepciones religiosas o políticas no compartidas, en el marco de un orden positivo que garantice la ausencia de violencia ⁷¹⁶.

De ahí también su concepción procedimental de la democracia en que ésta aparece, en esencia, como el “constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento” ⁷¹⁷.

D. Un iuspositivismo no relativista y estrictamente metodológico

El pensamiento jurídico contemporáneo, por su parte, tiende mayoritariamente a considerar obsoleto el pensamiento iusnaturalista ⁷¹⁸, sea a causa de las contradicciones existentes entre las normas de derecho natural formuladas por sus defensores ⁷¹⁹ o de la falacia naturalista que se le suele reprochar ⁷²⁰, así como a suscribir la tesis iuspositivista, según la cual, en razón del carácter

⁷¹⁶ Cf. Kelsen 2000, 79-80. “En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa; tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia” (Kelsen 2000, 83).

⁷¹⁷ Kelsen, Hans. *La garanzia giurisdizionale*, citado por Fioravanti 2001, 158. “Si yo me pronuncio a favor de la democracia, lo hago exclusivamente... a causa... del ligamen que existe entre una democracia y una teoría relativista” (Kelsen, Hans. *Essenza e valore de la democrazia*, citado por Pintore 2000, 122).

⁷¹⁸ Por ejemplo: “Quizás las leyes físicas se encuentren «allá afuera»... pero en todo caso las leyes morales no”. “Hemos aprendido, una vez más, que sí podemos razonar acerca de problemas morales, pero que el razonamiento acerca de asuntos éticos no equivale al descubrimiento de la verdad ética absoluta (...) nuestra sociedad, con razón, no acepta la noción de un conjunto válido de principios morales objetivos que puedan ser descubiertos” (Ely 1997, 73 y 75 respect.).

⁷¹⁹ Por ejemplo: “En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad (...) tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia” (Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, citado por Lopera 2008, 9-10).

⁷²⁰ Por ejemplo: “De los juicios de hecho sólo pueden derivar otros juicios de hecho; de los juicios de valor, sólo otros juicios de valor. El paso de unos a otros presupone que se introduzca en los primeros un juicio del segundo tipo, o en los segundos un juicio del primer tipo” (Zagrebelsky 1997, 118).

del Estado y del derechos modernos, no existe más derecho que el positivamente establecido en el ordenamiento jurídico.

*Si el rasgo específico del positivismo jurídico que diferencia estructuralmente al derecho moderno de los sistemas jurídicos premodernos es, precisamente, su carácter positivo (y, por lo tanto, artificial y convencional); entonces, el rasgo específico del constitucionalismo jurídico, que diferencia al derecho de las democracias constitucionales modernas de los sistemas jurídico-positivos de tipo pre- o paleo-constitucional, es una característica no menos estructural y, por así decir, no menos juspositivista: la sujeción de las propias leyes al derecho, en virtud de la cual también el «deber ser» del derecho, es decir, las elecciones que deben presidir a su creación, son artificiales y positivizadas a través de normas sustanciales de derecho positivo.*⁷²¹

En el Estado neoconstitucional, diría Palombella, “el Derecho gira en torno suyo”⁷²², habiéndose llegado a producir, ahora en expresión de Bobbio, una “reducción de todo Derecho a Derecho del Estado”⁷²³.

Es verdad que Zagrebelsky, al igual que ya hiciera Smend con el manifiesto propósito de llamar la atención sobre la importancia de la cuestión relativa a la legitimidad de los ordenamientos jurídicos⁷²⁴, se refiere a un orden natural reflejado por las Constituciones, pero no se trata de un derecho natural en el sentido ordinario, sino del “«orden natural» histórico-concreto de las

⁷²¹ Ferrajoli 2002, 9.

⁷²² Palombella 1999b, 568.

⁷²³ “La esencia del Estado moderno, tal como se viene construyendo con la formación de las grandes monarquías tras la disolución de la sociedad medieval, es la soberanía, es decir, el poder por encima del cual no existe ningún poder superior... Desde el punto de vista de la estructura formal del Estado, las consecuencias de la soberanía... son: la reducción de todo Derecho a Derecho del Estado, a través de la gradual eliminación de los ordenamientos jurídico inferiores y superiores al Estado...; la reducción de todo el Derecho estatal a la voluntad del soberano, esto es, a la ley, a través de la gradual desautorización de las otras fuentes tradicionales del Derecho” (Bobbio 1991, 27-28).

⁷²⁴ “La ley [en el sentido de la teoría del Estado del siglo XVIII] es la expresión del «orden natural» en su calidad de sustrato único y necesario de la comunidad estatal”. Tal sustrato, sin embargo, consiste en los “valores históricamente válidos” (Smend 1985, 166).

sociedades políticas secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural con fundamento teológico ni racionalista”⁷²⁵.

Ahora bien, es necesario hacer dos aclaraciones sobre el iuspositivismo contemporáneo. La primera de ellas consiste en señalar que no se trata en absoluto de un positivismo de tipo ideológico, sino que estamos en presencia de una tesis estrictamente metodológica, sólo relativa, por lo tanto, a la identificación del derecho que es y ajena a la problemática acerca del que debe ser. Se trata del iuspositivismo calificado por Hart de suave y presentado por él como “la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”⁷²⁶. Sin embargo, cuando no es eso lo que efectivamente ocurre, un punto de vista moral puede obligar a declarar que “esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido”⁷²⁷, tal y como el propio Hart sentenció acerca del sistema jurídico positivo de la Alemania nazi, poniendo de ese modo en evidencia toda la distancia que media entre el iuspositivismo metodológico y el ideológico. Por lo tanto, por contraposición al iusnaturalismo, que pretende una determinación

⁷²⁵ Zagrebelsky 1997, 115. A diferencia de las leyes, expresión de momentos competitivos, la Constitución expresaría un momento cooperativo: “En los momentos constituyentes, las voluntades políticas de los sujetos políticos se coordinan para la consecución de un objetivo común: dictar principios que, estando por encima de los intereses particulares de cada uno, permitan la convivencia de todos (...) A diferencia de la Constitución, que es la ley de la concordia, las leyes constitucionales son esencialmente leyes de la discordia” (Zagrebelsky 1997, 115). También sostiene que, aunque en el plano teórico deba admitirse que el derecho es función de la voluntad, en el plano dogmático relativo a aquellos ordenamientos en los que rigen principios cabe afirmar: “En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el derecho funciona *como si* rigiese un derecho natural. De nuevo, y ahora por un modo atinente al modo de operar y no a la igualdad de contenidos, el derecho por principios encuentra al derecho natural (...) El punto de contacto consiste en la relevancia que se atribuye a la realidad o, mejor, a las exigencias de carácter jurídico que la realidad lleva consigo” (Zagrebelsky 1997, 119-120). Independientemente de las coincidencias existentes en el modo de operar entre el derecho natural y el derecho por principios, lo cierto es –en todo caso, nos resulta mucho más claro decir– que la realidad no es portadora de valores, sino que los principios hacen que sea percibida valorativamente.

⁷²⁶ Hart, Herbert Lionel Adolphus. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, citado por Orozco 1987, 28. En defensa de ese mismo iuspositivismo metodológico Austin escribió: “La existencia del derecho es una cosa, sus méritos o deméritos son otra. Si una norma (*a law*) es, se trata de una cuestión; si ella debiera ser o si se adecua a ciertos patrones dados o supuestos, se refiere a otra distinta” (Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, citado en Orozco 1987, 24). Cf. Dabove 2009

⁷²⁷ Hart, H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, citado en Orozco 1987, 31. El iusnaturalismo pretendería que tal sistema jurídico no era derecho, mientras que el iuspositivismo ideológico sostendría que sí lo era y que debía ser obedecido.

del derecho según criterios valorativos, el iuspositivismo metodológico se limita a tomar en consideración sus propiedades de tipo fáctico o descriptivo, lo que en modo alguno impide el reconocimiento de sus relaciones con la moral ⁷²⁸.

Ha de señalarse, en segundo lugar, que el iuspositivismo contemporáneo, en términos generales y a diferencia de lo que sucedía en el pensamiento kelseniano, no incorpora una ética relativista ⁷²⁹. Resulta claro, por ejemplo, que en el pensamiento de Habermas coexisten una tesis que, aunque enfatiza la necesidad de legitimación moral constitutiva del derecho, es de corte positivista ⁷³⁰ y la defensa de una fundamentación racional de las normas morales. Encontramos, más aún, que la mayor parte de los neoconstitucionalistas admiten de buen grado la obligatoriedad moral de los derechos humanos, pero esto nos remite ya a un momento ulterior de nuestro desarrollo, el de la relación entre éstos y los derechos fundamentales.

⁷²⁸ “No existe, por cierto, una identificación simple entre derechos morales y legales, pero existe una conexión íntima entre unos y otros, y ésta es la que permite distinguir un derecho moral de otros conceptos morales fundamentales. No se trata solamente del hecho que los hombres hablan de sus derechos morales principalmente cuando procuran incorporarlos a un sistema legal, sino de que el concepto de derecho pertenece a aquella rama de la moral que se ocupa específicamente de determinar cuándo la libertad de una persona puede verse coartada por la de otra, y, por tanto, de determinar cuáles actos pueden con propiedad quedar sujetos a normas legales coercitivas” (Hart 1990, 48).

⁷²⁹ En realidad tampoco el iuspositivismo clásico en cuanto tal: “Cabe mencionar que hay autores considerados ampliamente como positivistas que no comparten dicha tesis de filosofía moral [el relativismo]; piénsese, por ejemplo, en Bentham y Austin, de quienes se puede afirmar que son los fundadores del iuspositivismo moderno, pero creían en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral de validez universal como el principio de utilidad, del cual se derivaban todos los juicios valorativos; el propio Hart, uno de los más destacados positivistas contemporáneos, es claro que no es un escéptico en materia ética. Incluso Kelsen y Ross, si bien sus postulados sobre el relativismo moral los utilizan como apoyo para defender su posición positivista, ellos no identifican ésta con su escepticismo ético” (Orozco 1987, 30).

⁷³⁰ “La moral ya no se cierne por *encima* del derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas)...”. “Manifiestamente, la única fuente metafísica de legitimidad la constituye el procedimiento democrático de producción del derecho” (Habermas 1998, 559 y 646 respect.). Afirma, sin embargo, que “la concepción del derecho articulada en términos de teoría del discurso trata de sortear los escollos que representan el positivismo jurídico y el derecho natural” (Habermas 1998, p. 651). En efecto, a diferencia de lo sucedido en el anterior iuspositivismo, Habermas no pierde de vista, como diremos, la necesidad de legitimación moral que tiene el derecho: “La reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decir, en política (...) En cuanto la legitimación se entiende como operación propia del sistema político, como algo que el *propio* sistema político se encarga de producir y operar, estamos abandonando *nuestros* conceptos de derecho y política” (Habermas 1998, p. 577).

E. Luhmann y la autorreferencialidad de los subsistemas sociales modernos

Señalemos ahora, brevemente, la adecuación que existe entre, por un lado, el ya citado argumento en favor del iuspositivismo, avanzado por autores como Ferrajoli, Palombella o Bobbio, consistente en afirmar que el mismo es constitutivo de la modernidad política y, por el otro, la sociología luhmanniana de la autorreferencialidad de los subsistemas sociales.

En efecto, en continuidad con la *Escuela Chilena* del planteamiento sistémico, en la que destacan Maturana y Varela, Luhmann ha elaborado una defensa de la modernidad comprendida como la era de la diferenciación funcional. Según su visión de la sociedad moderna, ésta consiste en un sistema de comunicación integrado por subsistemas autónomos y funcionalmente especializados, lo que implica la multiplicación de puntos de vista específicos acerca de la realidad. En nuestra sociedad, según Luhmann, ya no existe una perspectiva única o socialmente dominante, del tipo de la impuesta en las sociedades antiguas por la institución política o por la religiosa –en realidad por la confusión de ambas–, sino que los distintos subsistemas sociales tienen sus propios puntos de vista acerca de la realidad ⁷³¹. Esto significa que cada uno de ellos, valiéndose del dispositivo semántico que le es específico, denominado por Luhmann *medium* y que opera a través de un código binario, atribuye a un determinado acontecimiento que considera relevante desde su propio punto de vista un significado igualmente específico, distinto del –no opuesto al– atribuido por los otros subsistemas en sus respectivas perspectivas.

Así, por ejemplo, en función del *medium* verdad, el subsistema científico distingue entre verdadero y falso; el político, cuyo *medium* específico es el poder, entre gobierno y oposición; el económico, dotado del *medium* dinero, entre beneficioso y no beneficioso. La moral, por su parte, “indica las condiciones bajo las cuales la personas son, mutuamente y frente a sí mismas, dignas de estima o desestima” y abre “la posibilidad de reconstruir la complejidad mediante el esquema

⁷³¹ “Arrancando de las condiciones especiales de la Europa medieval, donde existió un grado relativamente alto de diferenciación de la religión, la política y la economía, la sociedad europea ha evolucionado hacia un sistema funcionalmente diferenciado (...) La sociedad moderna está diferenciada en el subsistema político y su medio, el subsistema económico y su medio, el subsistema científico y su medio, el subsistema educativo y su medio, y así sucesivamente” (Luhmann, Niklas. *Essays on Self-reference*, citado por Ossipow 1985, 300-301).

binario estima/desestima”⁷³². De este modo, cabe asignar a un mismo y único suceso una valencia positiva desde uno de los subsistemas y otra negativa desde cualquiera de los demás, o viceversa.

Pues bien, siempre según la teoría sociológica luhmanniana, cada uno de esos subsistemas constituye, por un lado, una identidad, es decir, es cerrado o autorreferencial, totalmente distinto de su entorno –en el cual se incluyen los demás subsistemas– y está separado de él por límites⁷³³; y tiene, por el otro, un carácter autopoietico o, lo que es igual, crea él mismo tales límites y constituye sus propios elementos y procesos: “La reproducción autorreferencial... es una reproducción «autopoietica»”⁷³⁴.

En lo que respecta específicamente al derecho, Luhmann afirma que “sirve al sistema social como sistema de inmunidad”⁷³⁵ y que, valiéndose del *medium* ley, emplea el código binario que permite distinguir entre lo legal y lo ilegal. Tiene, al igual que los demás subsistemas, un carácter autorreferencial y autopoietico, lo que implica que su identidad no depende de ninguno de ellos, tampoco, en particular, de la moral con su correspondiente código. “En las sociedades desarrolladas, el esquema legal/ilegal se amplía más aún gracias a una segunda codificación: permitido/prohibido (...) Con ayuda de esta segunda codificación, el derecho puede desprenderse

⁷³² Luhmann 1998, 96 y 220 respect.

⁷³³ “El concepto de autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos, de sistema. «Consigo mismo» quiere decir independientemente del ángulo de observación de otros (...) Se puede denominar a un sistema como autorreferente cuando los elementos que lo constituyen están integrados como unidades de función, y en todas las relaciones entre estos elementos corre paralela una remisión a la autoconstitución; de esta manera se reproduce continuamente la autoconstitución. Así, los sistemas referenciales operan necesariamente por autocontacto y no tienen ninguna otra forma de relación con el entorno que ese autocontacto (...) Los sistemas autorreferenciales, en el nivel de la organizaciones autorreferencial, son *sistemas cerrados*” (Luhmann 1998, 56).

⁷³⁴ Luhmann 1998, 57. “Los sistemas autopoieticos son sistemas cerrados en el sentido de que no pueden recibir sus elementos de su medio, sino que los producen ellos mismos por una disposición selectiva. Podría también decir... que todo lo usado como una unidad por los sistemas, sean sus elementos, sus procesos o el propio sistema, debe ser constituido por el sistema” (Luhmann, N. *Essays on Self-reference*, citado por Ossipow 1994b, 298). “Este concepto de sistema autorreferencial cerrado no está en contradicción con la apertura de los sistemas al entorno. La cerradura como manera operativa autorreferencial es más bien una forma de ampliación de los posibles contactos con el entorno” (Luhmann 1998, 58).

⁷³⁵ Luhmann 1998, 337.

de la moral y quedar libre para la autoconducción. Puede prohibirse permitir y viceversa. De esta manera, un amplio campo de comportamientos moralmente neutros quedan al alcance del sistema de inmunidad” ⁷³⁶.

Habermas reprocha a la teoría sociológica luhmanniana que una comprensión autopoiética del derecho no puede dar cuenta de la relación interna que éste guarda tanto con la política como con la moral. Admite la diferenciación del derecho que es objeto del análisis llevado a cabo por Luhmann, pero afirma que la misma “de ningún modo disuelve por completo el interno entrelazamiento de éste con la política y con la moral”, de forma que “la racionalidad del derecho no puede ser sólo asunto de derecho” ⁷³⁷.

Luhmann es ciertamente consciente de que, a pesar de que no quepa imponer un orden naturalmente dado, “la diferencia entre lo legal y lo ilegal no se inserta arbitrariamente (...) Las condiciones de aplicación del esquema legal/ilegal y la referencia al entorno del derecho son mucho más complejas de lo que dejan imaginar esta versiones teóricas simplistas”. Insiste, a pesar de todo, en que “el sistema de derecho es autónomo en la aplicación del esquema legal/ilegal que sólo está a su disposición” ⁷³⁸.

No obstante la complejidad que reviste su obra, probablemente quepa decir que Luhmann concede un papel residual a la moral, confiándole la función de proteger el código específico de

⁷³⁶ Luhmann 1998, 338. Más arriba hemos tratado de explicar en qué sentido cabe sostener que ese campo de la permisión no es moralmente neutro.

⁷³⁷ Habermas 1998, 571 y 572 respect. “Un sistema jurídico diferenciado no puede romper esa circularidad con que se presenta el código jurídico al volverse autónomo, a saber, la circularidad que consiste en que sólo puede considerarse derecho aquello que ha sido establecido como derecho mediante los procedimientos jurídicamente estatuidos, recurriendo para romperla a razones legitimantes de tipo extrajurídico” (Habermas 1998, 565). “La crítica inmanente a las concepciones del positivismo jurídico, hasta como esa crítica se ha venido haciendo desde Fuller hasta Dworkin contra Austin, Kelsen y Hart, permite ver que la aplicación del derecho, y ello de forma cada vez más explícita, no tiene más remedio que recurrir a consideraciones concernientes a objetivos políticos, así como a fundamentaciones morales y a la ponderación de principios. Pero esto, en conceptos de Luhmann, significa que en el código con que opera el derecho penetran contenidos provenientes de los códigos con que opera la moral y con que opera el poder; por tanto, el sistema jurídico no es un sistema «cerrado»” (Habermas 1998, p. 570).

⁷³⁸ Luhmann 1998, 339.

cada uno de los subsistemas ⁷³⁹, así como que ha pasado por alto la pretensión de legitimidad de que es portador el derecho, a la que enseguida atenderemos. No es menos verdad que su pensamiento pretende ser estrictamente sociológico y que, en sus líneas generales, resulta empíricamente adecuado ⁷⁴⁰.

Es cierto, sobre todo, que la teoría de la autorreferencialidad de los subsistemas sociales permite percibir la raíz profundamente moderna que tiene el iuspositivismo metodológico al pretender “la sujeción de las propias leyes al derecho” (Ferrajoli) y “la reducción de todo Derecho a Derecho del Estado” (Bobbio) o al afirmar que “el Derecho gira en torno suyo” (Palombella).

Tenemos, en suma, que la modernidad no admite otra juridicidad de las normas que aquella que venga determinada por criterios jurídicos y sólo jurídicos. Tanto la secularización de la sociedad y del Estado ⁷⁴¹ como la pluralidad de morales de máximos socialmente presentes abocan a un iuspositivismo de tipo metodológico, para el cual la validez jurídica de las normas no depende de

⁷³⁹ Ofrece el siguiente ejemplo: en el deporte, está prohibido doparse porque hacerlo evacua la distinción que es esencial para el sistema deportivo, a saber, la existente entre aquellos que ganan y aquellos que pierden el juego sobre la base de criterios puramente deportivos (citado por Ossipow 1994b, 308).

⁷⁴⁰ “Estoy convencido de que la teoría de Luhmann ha subrayado los rasgos centrales de la modernidad. El acento sobre la diferenciación de los sistemas sociales y su autonomía está en profunda concordancia con la experiencia del hombre moderno. Nosotros, en el mundo académico, estamos orgullosos de la autonomía científica de nuestras universidades y laboratorios. Como ciudadanos, esperamos que el poder democrático esté desconectado del dinero. En el arte, ya no pensamos que la música o la pintura deban servir a Dios, a la nación o al partido” (Ossipow 1994b, 309). “La teoría no ofrece ni utopías ni modelos de sociedades ideales. La teoría luhmanniana presenta, en cambio, un poderoso instrumental analítico que permite comprender el funcionamiento de la sociedad, los subsistemas y las organizaciones. Los mecanismos de reducción de la complejidad, los códigos propios de los diferentes subsistemas, los esquemas binarios de selección y regulación de las relaciones al interior de cada subsistema y los intercambios entre ellos, son escudriñados rigurosamente, de tal manera que el aparato conceptual se perfila como una visión muy adecuada a las características de la sociedad moderna y a los procesos que se suceden en sus diferentes niveles” (Arriaga 2007, 279).

⁷⁴¹ Häberle ha llamado acertadamente la atención sobre la secularidad del Estado como una de las raíces de la cultura jurídica neoconstitucional: “Entre los fundamentos genuinos de la cultura jurídica europea se halla la garantía del ejercicio de la libertad religiosa, lugar donde el Estado debe asumir un papel preponderantemente neutral. Para nosotros su importancia como derecho «justo» es primordial. La libertad religiosa que en palabras de Jellinek es «la primera de todas las demás libertades», la tolerancia por parte del Estado vinculada a materias religiosas, el principio de no identificación de H. Kruger, todo ello no es sino *conditio sine qua non* de la justicia. Más aún, gracias a ella el Estado constitucional pudo llegar a ser en Europa lo que hoy es. Toda diferencia cultural, todo pluralismo, toda libertad cultural dependen en último extremo del resultado final y definitivo de la secularidad del Estado, o de su proceso de secularización” (Häberle 2000, 117).

criterios morales, sino sólo de sus propiedades fácticas. La alternativa, dada una tal pluralidad moral, desembocaría en la imposibilidad de identificar los sistemas jurídicos y, a término, en una confusión entre derecho y moral, lo que nos inhabilitaría para considerar la eventual inmoralidad de las normas jurídicas, situándonos, paradójicamente, muy cerca del iuspositivismo ideológico.

4.5.2. Las éticas de máximos y la ética cívica

A. Lo bueno y lo justo: el hombre y el ciudadano

Antes de plantearnos la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales, necesitamos todavía abordar la distinción, surgida en el ámbito ético-político, entre las éticas de máximos y la ética cívica. Se apoya sobre la diferenciación, ya clásica en la cultura occidental,

*entre el «hombre» y el «ciudadano». A la persona íntegramente considerada, es decir, considerada como «hombre» (varón y mujer), cabe adscribirle una meta moral muy clara e incontestable, que es la felicidad. Todos los hombres quieren ser felices. Sin embargo, las personas como tales desarrollan sus actividades en distintas esferas sociales, lo cual nos permite considerar en ellas distintas dimensiones... familiar..., religiosa..., profesional. Una de las dimensiones de la persona es aquella por la que forma parte de una comunidad cívica (...) De donde se sigue que la ética cívica es la ética de las personas consideradas como ciudadanas. No pretende abarcar a la totalidad de la persona ni satisfacer su afán de felicidad (...) Bien decía Anselm Feuerbach en su «Anti-Hobbes» que la felicidad es un ideal del hombre, no del ciudadano*⁷⁴².

Tenemos, por lo tanto, que una ética de máximos es aquella que se ordena, expresado en clave aristotélica, hacia la felicidad, es decir, hacia el bien de la persona considerada en su totalidad; su categoría es la de lo bueno y propone una serie de virtudes “individualmente inevitables”. La ética cívica, en cambio, atiende únicamente a la dimensión ciudadana de las vidas de las personas; su categoría es la de lo justo, que se corresponde con lo “universalmente exigible”⁷⁴³.

⁷⁴² Cortina 1998, 114-115.

⁷⁴³ “Las éticas de mínimos se ocupan sólo de la autonomía, es decir, de la dimensión universalizable y exigible del fenómeno moral (...) Las éticas de máximos amplían sus pretensiones a invitar a los sujetos a emprender determinados caminos de autorrealización (...) El par *universalmente exigible-individualmente inevitable* se corresponde con la distinción entre *lo justo y lo bueno*” (Cortina 1993, 135; cf. 35).

La anterior dicotomía entre las éticas de máximos y la ética cívica se sobrepone perfectamente con la adoptada por Rawls, quien distingue entre, por un lado, las “doctrinas morales generales y comprensivas”, que se aplican a un extenso abanico de asuntos, incluso a todos, y que incluyen valores y virtudes o, en otros términos, concepciones acerca de lo humanamente valioso, y, por el otro, una “concepción política de la justicia”, que trata de elaborar una moral razonable sólo para la estructura básica de la sociedad ⁷⁴⁴.

Tal dicotomía es igualmente coincidente con la distinción entre las “éticas de bienes y valores” y las “teorías de la moral y de la justicia”, empleada por Habermas ⁷⁴⁵, así como con las diferenciaciones entre “ética” y “moralidad”, “moral específica” y “moral elemental” o “ética privada” y “ética pública”, propuestas por Dworkin, Küng y Peces-Barba, respectivamente ⁷⁴⁶.

B. El desencantamiento del mundo y la eterna lucha de los dioses

El binomio bueno-justo está perfectamente justificado desde el momento en que se cae en la cuenta de que, en las sociedades contemporáneas, no sólo existe una pluralidad de éticas de

⁷⁴⁴ “Una concepción política de la justicia... trata de elaborar una concepción razonable sólo para la estructura básica y, en la medida de lo posible, no implica compromisos con ninguna otra doctrina (...) La distinción entre una concepción política de la justicia y otras concepciones morales es una cuestión de alcance; es decir, el espectro de asuntos a los que una concepción se aplica y el contenido que un espectro más amplio requiere. Una concepción moral es general si se aplica a un amplio espectro de asuntos, y en el límite a todos los asuntos, universalmente. Es comprensiva si incluye concepciones acerca de lo que es valioso para la vida humana, ideales de carácter de la persona, así como ideales de amistad y de relaciones familiares y asociativas, y muchas otras cosas que informan acerca de nuestra conducta, y en el límite, sobre la globalidad de nuestra vida (...) Muchas doctrinas religiosas y filosóficas aspiran a ser a la vez generales y comprensivas” (Rawls 1996, 43; cf. 41-45).

⁷⁴⁵ “Las éticas de bienes y valores caracterizan en cada caso contenidos normativos particulares. Sus premisas son demasiado fuertes para fundamentar decisiones universalmente vinculantes en una sociedad moderna, caracterizada por el pluralismo de las creencias. Sólo las teorías de la moral y de la justicia construidas procedimentalmente prometen un procedimiento imparcial para fundamentar y ponderar principios” (Habermas, Jürgen. *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, citado por Cortina 2007b, 174). “En las condiciones modernas de vida ninguna de las tradiciones que compiten entre sí puede «prima facie» pretender poseer una validez general (...) No podemos esperar una respuesta vinculante para todos si preguntamos qué es bueno para mí, o bueno para nosotros o bueno para él; habremos entonces de preguntar: qué es bueno para todos por igual. Este «punto de vista moral» constituye un cono de luz preciso, pero estrecho, que de la masa de todas las cuestiones evaluativas selecciona aquellos conflictos de acción que pueden resolverse por referencia a un interés generalizable; son las cuestiones de justicia” (Habermas 1996, 168-169).

⁷⁴⁶ Cf. Dworkin 2008, 37; Küng 1999, 109; Peces-Barba 2002, 16, con quien coincide Ollero 2007, 32.

máximos, sino también un pluralismo consolidado, es decir, la extendida convicción de que tal pluralidad es perfectamente legítima dado, por un lado, que es irreductible y, por el otro, que el reconocimiento de la libertad de adoptar un proyecto existencial acorde con la propia concepción de la vida buena constituye una exigencia básica del respeto de la dignidad humana.

En relación con el primero de esos dos factores digamos que, ciertamente, no es posible establecer una fundamentación cabalmente racional y universalmente evidente de ninguna de esas diversas éticas de máximos. Esto es así, entre otras razones, porque se encuentran vinculadas, de una u otra forma, a una pluralidad igualmente irreductible de cosmovisiones religiosas o filosóficas, razón por la que Bobbio asocia ambas irreductibilidades al señalar que “la constatada pluralidad de las concepciones religiosas y morales es un dato histórico” ⁷⁴⁷.

Ya Weber expresó una aguda conciencia de ese fenómeno de la irreductible pluralidad moral, producida por el desencantamiento del mundo ⁷⁴⁸, al señalar “un hecho fundamental, el de que la vida, en la medida en que descansa en sí misma, no conoce sino esa eterna lucha de dioses. O dicho sin imágenes, la imposibilidad de unificar los distintos puntos de vista que, en último término, pueden tenerse sobre la vida y, en consecuencia, la imposibilidad de resolver la lucha entre ellos y la necesidad de optar por uno u otro” ⁷⁴⁹. Tal irreductibilidad tendría una de sus causas, según él, en la secularización y su consiguiente ruptura de la unidad cosmovisional religiosa característica de las sociedades premodernas. Como decía durante su famosa conferencia sobre *La ciencia como vocación*,

⁷⁴⁷ Bobbio 1991, 57.

⁷⁴⁸ La pluralidad moral es entendida por él como consecuencia de la privatización de la racionalidad sustantiva, que también denomina desencantamiento del mundo y que es el reverso de la racionalización formal de la vida social que caracteriza la modernidad: “El destino de nuestro tiempo, racionalizado e intelectualizado y, sobre todo, desmitificador del mundo, es el de que precisamente los valores últimos y más sublimes han desaparecido de la vida pública y se han retirado, o bien al reino ultraterreno de la vida mística, o bien a la fraternidad de las relaciones inmediatas de los individuos entre sí. No es casualidad ni el que nuestro arte más elevado sea hoy en día un arte íntimo y nada monumental, ni el que sólo dentro de los más reducidos círculos comunitarios, en la relación de hombre a hombre, en *pianissimo*, aliente esa fuerza que corresponde a lo que en otro tiempo, como *pneuma* profético, en forma de tempestuoso fuego, atravesaba, fundiéndolas, las grandes comunidades” (Weber 1994a, 229-230).

⁷⁴⁹ Weber 1994a, 223-224.

*si de nuevo en este punto surge Tolstoi dentro de ustedes para preguntar que... quién es el que ha de respondernos a las cuestiones de qué es lo que debemos hacer y cómo debemos orientar nuestras vidas, o dicho en el lenguaje que hoy hemos empleado aquí, quién podrá indicarnos a cuál de los dioses hemos de servir, habrá que responder que sólo un profeta o un salvador (...) la verdad fundamental de que el profeta por el que una gran parte de nuestra generación suspira no existe..., el hecho fundamental de que nos ha tocado vivir en un tiempo que carece de profetas y está de espaldas a Dios.*⁷⁵⁰

Es esa irreductible pluralidad moral y cosmovisional la que, en el capítulo III, nos ha inducido a considerar la autonomía individual con su correspondiente modalidad deóntica, lo permitido, como un espacio de epistemología política negativa presente en el Estado constitucional democrático y social.

La segunda razón que hemos apuntado como acreditación de una actitud pluralista hacia las éticas de máximos viene dada por la antroponomía de la dignidad, uno de cuyos significados exige el reconocimiento del derecho de toda persona a adoptar y tratar de llevar a cabo su propio proyecto de felicidad y que, en los principios del derecho de Kant, se formula como libertad de los miembros de la sociedad en tanto que hombres.

Se recordará que la consideración de tal antroponomía nos ha conducido a entender simultáneamente lo permitido como expresión de una epistemología política positiva. Pues bien, es ese espacio, que podemos llamar de la vida privada, el que trató de resguardarse mediante los clásicos derechos civiles⁷⁵¹ y el que, contemporáneamente, viene protegido por el genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad⁷⁵².

⁷⁵⁰ Weber 1994a, 225-226.

⁷⁵¹ “La constatada pluralidad de las concepciones religiosas y morales... es el argumento más fuerte a favor de algunos derechos humanos, más exaltados, como la libertad religiosa y, en general, la libertad de pensamiento. Si no estuviésemos convencidos de la irreductible pluralidad de las concepciones últimas, y estuviésemos convencidos, al contrario, de que asertos religiosos, éticos y políticos son demostrables como teoremas (era la ilusión de los iusnaturalistas...), los derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político perderían su misma razón de ser, o por lo menos adquirirían otro significado...” (Bobbio 1991, 57).

⁷⁵² “Se trata... de un derecho que no «opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada... ya que establece una protección genérica, por lo cual se aplica en principio a toda conducta» (Sentencia C-309/97), y de «una cláusula general de libertad...» (Sentencia C-309/97) o también un «principio general de libertad» (Sentencia T-401/94)” (Corte Constitucional de Colombia. 2006b, 8.2). Ya en el artículo 22 de la *Declaración universal de derechos humanos* se hizo referencia al libre desarrollo de la personalidad.

C. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

El Tribunal Constitucional de España ha tenido ocasión de expresar muy claramente la estrechísima relación que tal derecho al desarrollo de la personalidad, por lo demás ampliamente reconocido en el neoconstitucionalismo ⁷⁵³, guarda con la dignidad humana al señalar que ésta “se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” ⁷⁵⁴.

Pero ha sido la Corte Constitucional de Colombia la que más explícitamente ha planteado el trasfondo antroponómico kantiano del ese derecho, así como la concepción instrumental del Estado que de él se sigue.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad... es entendido, entonces, como la consecuencia necesaria de una nueva concepción que postula al Estado «como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado» (Sentencia C-221/94). Bajo esta nueva óptica la autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo– cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone «arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen» (Sentencia C-221/94) (...) el contenido del derecho está vinculado al ámbito de

⁷⁵³ “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral” (*Ley fundamental de la República Federal de Alemania*, 2.1). “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (*Constitución política de Colombia*, 16). “Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social” (*Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, 20). “...el Estado reconocerá y garantizará... el derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás” (*Constitución política de la República del Ecuador*, 23.5). El *Anteproyecto de reforma constitucional* presentado por el Poder Ejecutivo de la República Dominicana determina en su artículo 34 que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Su título II, capítulo I, sección I, sub-sección 3 trata acerca “De los Derechos Constitutivos de la Personalidad”.

⁷⁵⁴ Tribunal Constitucional de España 1985, II.8. Hace referencia al artículo 10.1 de la *Constitución española*, que pone en relación la dignidad de la persona con el libre desarrollo de la personalidad.

*decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal.*⁷⁵⁵

Tampoco a la doctrina ha pasado desapercibido el inmediato fundamento que en la dignidad humana encuentra el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la libertad de adoptar personalmente una particular ética de máximos. Dworkin, por ejemplo, propone como uno de sus dos principios de la dignidad el que denomina de “responsabilidad personal”, que consiste en que “cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución del logro de su propia vida, una responsabilidad que incluye el empleo de su juicio para estimar qué clase de vida sería para ella una vida lograda. No debe aceptar que ninguna otra persona tenga derecho a dictarle esos valores personales ni a imponérselos sin su consentimiento”⁷⁵⁶.

En materia religiosa el principio de responsabilidad personal “exige un Estado laico tolerante”, como el propio Dworkin explicita⁷⁵⁷, y, en materia moral, la ausencia de las denominadas por la Corte Constitucional de Colombia “políticas perfeccionistas”, es decir, aquellas que se orientan hacia la imposición de un determinado “modelo de virtud o de excelencia humana”⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06, 8.2. Citada por Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 10, donde se especifica que uno de los lineamientos seguidos por esa Corte para proteger el “enunciado normativo «dignidad humana»” es “la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)”.

⁷⁵⁶ Dworkin 2008, 25. “Debe tenerse presente que distintos aspectos de la vida individual –los que inciden de forma más directa en la dignidad de la persona– deben ser dejados a la espontaneidad social y no pueden, por tanto, ser objeto de reglamentación, ni de prescripciones ni siquiera por parte de los poderes públicos. Dicho en otros términos, el derecho a una vida privada responde a la exigencia que cada persona tiene de construir autónomamente la propia personalidad, sin que provenga del exterior la individuación de reglas o funciones que correspondiera desarrollar al individuo” (Rolla 2007, 476). “Esa es precisamente la última de las dimensiones de su dignidad, su capacidad para elegir libremente su ética privada” (Peces-Barba 2002, 16).

⁷⁵⁷ Dworkin 2008, 90.

⁷⁵⁸ “...no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-309/97. Citada por Corte Constitucional de Colombia 2006b, 8.2).

En efecto, un Estado identificado con una determinada ética de máximos sólo puede ser totalitario, en el sentido previamente definido, pues, en razón de la misma, se encontraría facultado e impelido para intervenir en todos los aspectos de la existencia, lo que implicaría la anulación de la dimensión individual de la vida humana y, por ende, la identificación del hombre con el ciudadano, así como el desmantelamiento de la sociedad civil. Un tal Estado, en suma, arruinaría la autonomía personal exigida por la dignidad humana. Por eso,

*ningún ciudadano respetuoso de su propia dignidad personal debería resignarse a ser objeto de las atenciones pseudoparentales de autoridades que le indicaran qué literatura debe leer, cuántos hijos debe tener, qué debe pensar sobre el curso de la historia, de qué manera debe ocupar su tiempo libre, qué amistades debe frecuentar, a dónde debe viajar, a qué divinidad debe adorar, qué debe pensar sobre la filosofía de Nietzsche, cómo debe relacionarse sexualmente con su pareja, qué debe hacer con sus ahorros y ese largo etcétera de elementos con los que construimos el sentido de nuestra vida en búsqueda de la felicidad (...) cada individuo debe poder gozar de la máxima independencia posible en todo lo que atañe a su vida privada. La función del Estado es la justicia, nada menos, pero tampoco nada más.*⁷⁵⁹

D. La ética cívica y los derechos humanos

Tanto la antroponomía de la dignidad sobre la que el Estado constitucional democrático y social se apoya como el pluralismo moral que de ella se sigue obligan, pues, al reconocimiento y protección de la libertad de adoptar personalmente un determinado proyecto de felicidad o de excelencia humana.

Resulta, sin embargo, meridianamente clara la inviabilidad del “politeísmo axiológico”, es decir, de la mera yuxtaposición de las éticas de máximos presentes entre las personas y asociaciones de diverso signo que componen la sociedad.

⁷⁵⁹ Martínez Real 2003, 33. De la misma forma que Rousseau se mostró muy cuidadoso con la libertad política, desconsideró completamente la libertad entendida como autonomía individual: “Las cláusulas de este contrato... se reducen a una sola, a saber: la alineación total de cada asociado con sus innegables derechos a toda la comunidad (...) efectuándose la alienación sin reservas, la unión resulta tan perfecta como puede serlo, sin que ningún asociado tenga nada que exigir (...) Si se descarta, pues, del pacto social lo que no constituye su esencia, encontraremos que el mismo se reduce a los términos siguientes: cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo” (Rousseau 1983, libro I, cap. VI, pp. 41-42).

Cualquier sociedad necesita organizarse, desde luego, a partir de unos valores morales compartidos sobre los que construir sus relaciones y tomar sus decisiones, siendo así, como ya hemos tenido ocasión de señalar a propósito del principio democrático, que la política no es un asunto de mera competencia técnica ⁷⁶⁰.

Más aún, tales valores comunes son igualmente necesarios en tanto que condición de posibilidad de las diversas éticas de máximos: “Pluralismo no significa obviamente «politeísmo axiológico», es decir, no significa que no haya entre los ciudadanos nada en común, sino todo lo contrario: precisamente el pluralismo es posible en una sociedad cuando sus miembros, a pesar de tener ideales morales distintos, tienen también en común unos mínimos morales que les parecen innegociables, y a los que han ido llegando *motu proprio* y no por imposición” ⁷⁶¹.

En nuestras sociedades ciertamente existe esa moral compartida que constituye la ética cívica. Ésta se ha generado mediante procesos históricos de convergencia entre las diversas éticas de máximos y sus correspondientes cosmovisiones, constituyendo una especie de zona de intersección o común denominador entre las mismas ⁷⁶². Se trata de una “ética mínima”, en el sentido de que únicamente atiende a lo justo o, lo que es igual, afecta a las personas sólo consideradas en tanto que ciudadanas.

Pues bien, el contenido de la ética cívica, tal y como la actual filosofía política acostumbra a destacar ⁷⁶³, son los derechos humanos, cuyo núcleo duro vendría dado por la *Declaración* de

⁷⁶⁰ “Un régimen político no puede ser totalmente agnóstico en cuanto a valores (o morales, o éticas)” (Castoriadis 1996, 11).

⁷⁶¹ Cortina 1995, 70-71. El Estado necesita “definir un mínimo de moral colectiva que garantice a la vez la libre determinación de las personas y una cierta concepción del hombre y de la sociedad que defina un arte determinado del vivir juntos” (Willaime 1990, 203). Con ocasión del tratamiento del principio democrático hemos tratado de mostrar que esa “cierta concepción del hombre” es para el Estado constitucional democrático y social la antropología del interlocutor válido.

⁷⁶² “*De facto* la convivencia de distintas morales que pretenden universalidad ha sido y es posible sobre la base de una ética cívica, que se compone de unos mínimos compartidos entre las distintas ofertas «de máximos», entre las distintas propuestas de felicidad. (...) *de iure* el pluralismo es posible, como lo muestra la ética discursiva, porque las reglas de una situación ideal de habla funcionan como criterio para la crítica y como idea regulativa de los acuerdos fácticos” (Cortina 2007a, 167).

⁷⁶³ Puede verse, por ejemplo, Valcárcel 2002; Cortina 1997.

Naciones Unidas de 1948. En ellos encuentra un número muy grande y creciente de personas de muy diferentes tradiciones culturales, filosóficas y religiosas el tratamiento moralmente debido a toda persona por el mero hecho de ser tal ⁷⁶⁴. También en torno a ellos, como indica Zagrebelsky, han encontrado compromisos satisfactorios en su conjunto las grandes concepciones del pensamiento jurídico contemporáneo ⁷⁶⁵.

Más aún, aunque sin por ello echar en el olvido que determinadas referencias a la dignidad son solamente homónimas por relación a la concepción ontológica de la misma, que caracteriza la modernidad occidental, sucede, como acertadamente ha señalado Baccelli, que “existen numerosos síntomas de la tendencia a considerar a los derechos humanos como primer principio de la ética internacional” ⁷⁶⁶.

Uno de los más expresivos vino dado, sin duda, por el manifiesto sobre los *Principios de una ética mundial* que fue adoptado por el Parlamento de las Religiones del Mundo en 1993 ⁷⁶⁷ y en el que, entre otras cosas, se declaraba:

Queremos dar fe de que ya existe un consenso entre esas religiones, capaz de aportar el principio de una ética mundial. Es un consenso básico, de mínimos; relativo a valores vinculantes, a pautas inalterables y a actitudes morales fundamentales (...) Es absolutamente necesario comprometerse por los derechos humanos (...) Por eso queremos traer a la memoria

⁷⁶⁴ “El documento fue el resultado de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales, todas ellas motivadas por el deseo común de poner a la persona humana en el corazón de las instituciones, leyes y actuaciones de la sociedad (...) La *Declaración Universal* tiene el mérito de haber permitido confluir en un núcleo fundamental de valores y, por lo tanto, de derechos, a diferentes culturas, expresiones jurídicas y modelos institucionales” (Benedicto XVI 2008). Sen ha insistido abundantemente en que “los diferentes individuos de las diferentes culturas son capaces de compartir muchos valores comunes y de ponerse de acuerdo en algunos compromisos comunes. De hecho, el valor supremo de la libertad como principio rector de este libro es una poderosa presuposición universalista” (Sen 2000, 295).

⁷⁶⁵ Cf. Zagrebelsky 1997, 116.

⁷⁶⁶ Baccelli 2001, 206-207. “Los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales” (Benedicto XVI 2008).

⁷⁶⁷ El Parlamento de las Religiones del Mundo reunió en Chicago a unos 6.500 participantes, en representación de los cuales firmaron el Manifiesto 150 cualificados representantes de las distintas tradiciones religiosas: budismo, cristianismo, hinduismo, jainismo, judaísmo, islamismo, taoísmo, zoroastrismo, etcétera (cf. Küng 1999, 120).

*la Declaración Universal de los Derechos Humanos hecha por Naciones Unidas en 1948 (...)
Todo ser humano debe ser tratado humanamente. Lo cual significa que todo ser humano...
posee una dignidad inviolable e inalienable. De forma que todos, tanto los individuos como el
Estado, están obligados a respetar esa dignidad y a garantizar eficazmente su tutela.*⁷⁶⁸

El hecho de que muy diversas éticas de máximos, vinculadas en este caso a cosmovisiones religiosas, reconozcan como su ética mínima los derechos humanos evidencia que la weberiana lucha de los dioses, aunque quizás sea “eterna”, ciertamente no es, ni mucho menos, total.

Además, tanto la existencia de esos *Principios de una ética mundial* como la de la *Declaración universal de derechos humanos* obligan a concluir no sólo que “para una cultura política común no es necesaria una religión común”⁷⁶⁹, sino que esa ética común que son los derechos humanos no necesita de una metafísica o cosmovisión compartida, ni de tipo religioso ni de tipo filosófico. A la vista de que defensores de ideologías enfrentadas lograban ponerse de acuerdo en la formulación de los derechos humanos durante el proceso de redacción de los mismos⁷⁷⁰, Maritain tuvo la lucidez y el coraje de concluir que no cabía extrañeza, alegando que la historia de la filosofía moral muestra, en su evolución general, que sistemas teóricos opuestos acaban por encontrar convergencia en sus conclusiones prácticas.

Hay una especie de crecimiento vegetativo del conocimiento y del sentimiento morales, una especie de desarrollo vital en sí mismo independiente de los sistemas filosóficos, si bien, secundariamente, éstos entran a su vez en acción recíproca con ese proceso espontáneo. De ahí resulta que estos sistemas diversos, aunque peleen sobre el «por qué», prescriban en sus conclusiones prácticas reglas de conducta que, en conjunto, aparecen como casi las mismas para un período y una cultura dados. Así, desde el punto de vista sociológico, el factor más

⁷⁶⁸ Parlamento Mundial de las Religiones 1993, 25-26.

⁷⁶⁹ Viola 2006, 71.

⁷⁷⁰ “Durante una de las reuniones de la Comisión nacional francesa de la UNESCO en que se discutía sobre los Derechos del Hombre, alguien manifestó su extrañeza al ver que ciertos defensores de ideologías violentamente opuestas se habían puesto de acuerdo para redactar una lista de derechos. «Claro – replicaron ellos– estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se nos pregunte por qué». Es con el «porqué» con lo que la discusión comienza” (Maritain 1986, 84).

*importante en el progreso moral de la humanidad parece ser la toma de conciencia experiencial que se produce fuera de los sistemas y sobre otra base lógica.*⁷⁷¹

Digamos, de paso, que es a ese crecimiento de la razón moral de la humanidad al que hacía referencia, según Osuna, el derecho natural en la tradición aristotélico-tomista⁷⁷², y no a una serie de normas estáticas, deducibles de una naturaleza humana unívocamente presente en todas las épocas y culturas, según suele interpretarse modernamente⁷⁷³.

Por naturaleza humana los antiguos habrían entendido la que consiste en racionalidad y libertad y que, en consecuencia, tiende hacia la perfección que le es propia. “A nuestro modo de ver, el derecho natural es una expresión de la razón ética humana. Es una ley racional en la que cabe progreso y perfeccionamiento racional (...) La Declaración de Derechos de las Naciones Unidas

⁷⁷¹ Maritain 1986, 86-87. “Nos encontramos en presencia de la siguiente paradoja: las justificaciones racionales son *indispensables* y, al mismo tiempo, son *incapaces* de crear un acuerdo entre los hombres. Son indispensables porque cada uno de nosotros cree instintivamente en la verdad y no quiere dar su consentimiento más que a lo que ha reconocido como verdadero y como racionalmente válido. Pero son incapaces de crear un acuerdo entre los hombres porque son fundamentalmente diferentes o, incluso, contrarias. ¿Hay que sorprenderse de ello? Los problemas planteados por las justificaciones racionales son arduos y las tradiciones filosóficas de que esas justificaciones derivan se encuentran desde hace tiempo en conflicto” (Maritain 1986, 84). Nada de lo dicho, sin embargo, implica que Maritain, nada proclive a las veleidades epistemológicas, incurra en el desprecio de tales justificaciones: “Si ambos creen en la carta democrática, un cristiano y un racionalista ofrecerán sin embargo de ella justificaciones incompatibles entre sí, en que su alma, su mente y su sangre estarán comprometidas; y, sobre esto, se combatirán. Y ¡líbreme Dios de decir que no me importa saber cuál de los dos tiene razón! Eso importa de manera esencial. Mas, con todo, en la afirmación práctica de esa carta se encuentran de acuerdo y pueden formular juntos principios de acción comunes” (Maritain 1986, 85). En el plano personal, Maritain procedía a una fundamentación religiosa de la dignidad: “La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con el único que puede garantizar su realización plena. Su patria espiritual es todo el universo de bienes que tienen un valor absoluto, y que reflejan, en cierto modo, un Absoluto superior al mundo y que atraen hacia Él” (Maritain 2001, 15).

⁷⁷² “Toda determinación preceptiva del orden moral es siempre un producto formalmente de la razón. Así lo ha entendido la tradición aristotélico-tomista del derecho natural” (Osuna 2001, 185).

⁷⁷³ Así, por ejemplo, Kelsen entiende que el derecho natural consistiría en normas que, “por no ser obra humana son inmutables, válidas siempre y en todos lados” (Kelsen 2001, 64).

de 1948 son un paradigma de derecho natural superior al Decreto de Graciano, que también recurre al derecho natural”⁷⁷⁴.

Concluamos, pues, que, a pesar de los profundos desacuerdos existentes en el orden de las justificaciones o fundamentaciones cosmovisionales, existe en nuestros días un amplísimo acuerdo en torno a los derechos humanos como contenido de la ética cívica e internacional. Con todo, la cuestión relativa a la fundamentación de los mismos subsiste y, de hecho, es planteada de forma recurrente. Vale la pena, por ello, que nos detengamos brevemente sobre el particular.

E. La cuestión de la fundamentación última

No por insistir en que “el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos”⁷⁷⁵, deja Bobbio de reconocer la relevancia del problema de la fundamentación de los mismos. Considera, en realidad, que tal problema ya ha sido resuelto por la *Declaración universal*, que “representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez”⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Osuna 2001, 153. “El derecho natural es un producto noble de la razón histórica humana” (Osuna 2001, 191). “La antropología cultural, al menos, no conoce ninguna ley moral natural que no haya sido desconocida por cultura enteras (...) Si hoy [los derechos humanos] son parte de la conciencia moral universal ello... es debido a las experiencias derivadas de las injusticias y males de una sociedad que ha violado continuamente esas exigencias (...) El derecho natural no es un derecho atávico ni propio del estado salvífico de naturaleza, que dice la teología, sino el término de un incesante progreso en el conocimiento de lo que es la dignidad propia del hombre y las exigencias de una vida conforme a la razón ética. Aunque parezca contradictorio, todavía no hemos formulado correctamente lo que es el derecho natural y para lograrlo no hay que mirar hacia atrás en la historia de los pueblos, sino activar la esperanza de que la conciencia de la humanidad llegue a activarse en sumo grado” Osuna 2001, 152-153).

⁷⁷⁵ Bobbio 1991, 61.

⁷⁷⁶ Bobbio 1991, 64. “Con esta Declaración un sistema de valores es (por primera vez en la historia) *universal* no en principio, sino *de hecho*, en cuanto que el consenso sobre su validez e idoneidad para regir la suerte de la comunidad futura de todos los hombres ha sido explícitamente declarado (...) Sólo después de la Declaración podemos tener la certidumbre histórica de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes y podemos creer finalmente en la universalidad de los valores en el único sentido en que tal creencia es históricamente legítima, es decir, en el sentido de que universal significa no dado objetivamente, sino subjetivamente acogido por el universo de los hombres” (Bobbio 1991, 66).

En apoyo de la idea del amplio consenso en torno a la *Declaración universal de derechos humanos* puede aducirse que los dos Pactos que los desarrollaron en 1966, el de derechos civiles y políticos, por un lado, y el de derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, han sido ratificados por 149 y 146 Estados, respectivamente.

Ahora bien, una tal fundamentación de tipo consensual o intersubjetivo, como la ofrecida por Bobbio, es rechazada, por ejemplo, por Ollero, quien sostiene que “el horror a lo metafísico lleva a buscar en un supuesto consenso actual su fundamentación imprescindible para no condenarse al absurdo juego de postular unos derechos humanos sin fundamento”⁷⁷⁷.

Otro tanto hace Saldaña en el entendido que la *Declaración* de 1948 tan sólo representa la expresión de una preocupación universal por proteger los derechos humanos, “pero no el consentimiento teórico acerca de los mismos”⁷⁷⁸. Con Massini cree que no es posible recurrir a enunciados de principios sólo convencionalmente aceptados, pues fundamentar sería identificar “ciertas afirmaciones o principios... que, en razón de aparecer como evidentes, justifiquen racionalmente, por la vinculación lógica necesaria con ellos, las afirmaciones acerca de la existencia y extensión de los derechos humanos”⁷⁷⁹. De ahí que la mera justificación de tales derechos en los términos de un acuerdo intersubjetivo no permita, según él, asegurar la pervivencia de los mismos⁷⁸⁰.

En sentido contrario cabe argüir, en primer lugar, que tanto en la *Declaración universal* como en los *Principios de una ética mundial* no es ciertamente una sola, pero sí varias las fundamentaciones cosmovisionales que sustentan los derechos. Cada una de las tradiciones culturales, religiosas y filosóficas representadas en los respectivos foros dispone de sus propias

⁷⁷⁷ Ollero 2007, 12-13.

⁷⁷⁸ Saldaña 2000, 204.

⁷⁷⁹ Massini Correas, C. I. *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, citado en Saldaña 2000, 199.

⁷⁸⁰ “Con esta idea los derechos humanos se derrumban, pues basta que en un medio social se desarrollen en un modo suficientemente mayoritario unos sentimientos, valoraciones o ideologías contrarios a los derechos humanos... para que esos derechos humanos –al desaparecer como valores– desaparezcan, con lo que su contravención dejaría de ser una injusticia, una tiranía y una opresión” (Hervada, J.: *Escritos de derecho natural*, citado en Saldaña 2000, 202).

razones para suscribir la afirmación de la dignidad humana y para proclamar los derechos que le son inherentes: a falta de un fundamento absoluto, he ahí, diría Bobbio, “los varios fundamentos posibles”⁷⁸¹. ¿Acaso no es una adecuada acreditación de los derechos humanos el que éstos resulten compatibles con –incluso, vengán avalados y exigidos por– muchas y muy diferentes cosmovisiones hoy presentes en la humanidad?

Digamos, en segundo lugar, que la definición de fundamentación asumida por Saldaña resulta adecuada, sin duda alguna, para los razonamientos especulativos, pero no para los morales. ¿Cuáles son esos principios evidentes de los que cabría obtener por vía de deducción lógica normas de comportamiento? Tales normas morales son justificables, en cambio, mediante el procedimiento previsto en la ética discursiva. En lo que a nuestro tema respecta, el referido consenso en torno a los derechos humanos ofrece fundamentación moral en términos modernos en la medida en que resulta adecuado a las reglas de la situación ideal de habla previstas en la ética discursiva, que “es un intento de reconstruir la autocomprensión práctico-moral de la modernidad en su conjunto”⁷⁸².

F. La supuesta “tiranía de los valores”

Ya con ocasión de la identificación del legado de Smend, en el que hemos destacado la interpretación de la *Ley fundamental* de la República Federal de Alemania como un ordenamiento valorativo objetivo por parte de su Tribunal Federal, nos hemos referido a la propuesta de una teoría axiológica de los derechos fundamentales llevada a cabo por Alexy, así como a la crítica que le ha sido dirigida por Habermas.

En efecto, este autor considera que las normas y los valores se distinguen, entre otras cosas, “por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción «deontológica», es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica”, así como “por su carácter vinculante, absoluto en el caso

⁷⁸¹ “Que exista una crisis de los fundamentos [de los derechos humanos] es innegable. Es necesario ser consciente de ella, pero no intentar superarla buscando otro fundamento absoluto para sustituir el perdido. Nuestra tarea, hoy, es mucho más modesta, pero también más difícil. No se trata de encontrar el fundamento absoluto –empresa sublime, pero desesperada– sino, cada vez, los varios fundamentos posibles” (Bobbio, Norberto. *L'illusion du fondement absolu*, citado por Hoyos 2000, 143, nota 13).

⁷⁸² Garrido 2007, 86.

de las normas, y relativo en el caso de los valores”⁷⁸³. Las normas expresarían, pues, lo obligatorio para todos, y los valores lo preferible para una persona o un grupo particular. De ahí, según Habermas, que interpretar los principios constitucionales como valores implique un debilitamiento de los primeros y una entronización de los segundos, en definitiva, una suplantación. Esto le permite entender que Böckenförde, aunque “sin percatarse de que el problema propiamente dicho es la asimilación de los principios jurídicos a valores”⁷⁸⁴, recurra a la tesis de Schmitt sobre “la tiranía de los valores” para dar razón de su temor de que la teoría axiológica de los derechos fundamentales conduzca, por un lado, a una absolutización de los valores, y, por el otro, como ya hemos tenido ocasión de indicar, a una extenuación del Estado de derecho y su sistema de garantías formales.

Alexy, por su parte, cree que la interpretación axiológica de los derechos fundamentales efectuada por el Tribunal Constitucional resulta aceptable, más aún, es imprescindible, a condición de que se asuma una teoría de los valores exenta de las suposiciones ontológicas y epistemológicas fuertes presentes en la de Scheler⁷⁸⁵. Opina, por lo demás, que la objeción planteada por la tesis de la tiranía de los valores puede evitarse mediante el recurso a una escala de intensidad de la realización de los mismos, lo que en definitiva remite al concepto de ponderación, pero, de hecho, toma muy en cuenta la posición de Schmitt en este punto⁷⁸⁶.

⁷⁸³ Habermas 1998, 328-329. En lo que a la primera diferencia respecta: “Los principios o normas de orden superior... tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico. Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas. Los valores expresan la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin” (Habermas 1998, p. 328). Sobre la segunda: “La validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal: lo debido pretende ser bueno para todos por igual. La atractividad de los valores tiene el sentido relativo de una apreciación de bienes a la que se está habituado o que se ha adoptado en una determinada cultura o en una determinada forma de vida: las decisiones valorativas decisivas o preferencias de orden superior dicen qué es lo que, consideradas las cosas en conjunto, es bueno para nosotros (o para mí)” (Habermas 1998, 328).

⁷⁸⁴ Habermas 1998, p. 328.

⁷⁸⁵ Cf. Alexy 1993, 151 y 544.

⁷⁸⁶ Cf. Alexy 1993, 154-156.

Éste, efectivamente, denominó “la tiranía de los valores” al grave riesgo que pesaba sobre el sistema jurídico alemán como consecuencia de la influencia ejercida por la teoría axiológica de Smend sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, particularmente a partir del fallo Lüth (1958). Su denuncia se apoyaba sobre una visión de los valores según la cual, por un lado, éstos “tienen su propia lógica”, consistente en un afán tan fuerte de realización que “están al acecho de ejecución y cumplimiento” al margen de la máxima de que el fin no justifica los medios, pues “el precio supremo no es demasiado para el valor supremo y hay que pagarlo”. Dado, por otro lado, que no sólo valdrían para alguien en razón de su propia y subjetiva estimación, sino también contra alguien, la interpretación de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores representaría una verdadera amenaza de opresión. El pensamiento en valores, siempre según Schmitt,

*convierte automáticamente la lucha contra un determinado enemigo concreto en lucha contra un sinvalor (...) El sinvalor no tiene ningún derecho frente al valor, y para imponer el valor supremo no hay precio demasiado excesivo. Todas las categorías del clásico ‘Ius Publicum Europaeum’ –enemigo justo (‘justus hostis’), motivo justo (‘justa causa’), proporcionalidad de los medios y procedimiento ordenado (‘debitus modus’)– serán, sin esperanza alguna, víctimas de esta lógica de valor y sinvalor.*⁷⁸⁷

Zagrebelsky, a su vez, opina que es propio de los valores, así como de los principios, la capacidad de relativizarse. Se diría, por lo tanto, que se opone a la tesis de Schmitt. Sucede, en realidad, que traslada el schmittiano absolutismo de los valores a la ética al observar que “desde este punto de vista, [los principios y los valores] se distinguen tanto de la ética como de las reglas jurídicas”⁷⁸⁸. Es verdad que no cita explícitamente a Schmitt, pero se diría que lo tiene muy presente al afirmar que una sociedad pluralista tiene como condición de posibilidad que los principios y valores

pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos. Concebido en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y sólo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser

⁷⁸⁷ Schmitt, C. “La tiranía de los valores”, citado por Brage 2008, 18.

⁷⁸⁸ Zagrebelsky 1997, 125.

*controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos (...) El derecho por principios de valor constituye una relativización de la ética.*⁷⁸⁹

Digamos al respecto que no es cierto, a nuestro juicio, que la ética, sin más especificaciones, tenga como característica la tendencia al absolutismo. Quizás eso sea así en el caso particular de la ética estoica, a la que Zagrebelsky refiere de forma explícita y en términos que nuevamente recuerdan a Schmitt en su “no hay precio demasiado excesivo”⁷⁹⁰, y es ciertamente así en el caso de los planteamientos de la moral que Weber denominó “la ética de las convicciones”, es decir, aquellos que, orientando la acción hacia la realización de valores absolutos e incondicionales, desconsideran por completo las consecuencias que de ella se siguen, como sucede, por ejemplo, con la máxima “*fiat iustitia, pereat mundus*”. Pero en modo alguno puede decirse que incurran en absolutismo otros frecuentes planteamientos morales⁷⁹¹, entre los que se encuentra la propia ética del discurso, que, como sabemos, incorpora la consideración de las consecuencias a la formulación de su postulado. Estamos haciendo referencia, en general, a la llamada por Weber “ética de la responsabilidad”⁷⁹², aquella orientación moral que presta una atención sistemática a las consecuencias de la acción y, por ende, a los contextos de realización de la misma.

⁷⁸⁹ Zagrebelsky 1997, 125.

⁷⁹⁰ “Una distinción de los estoicos enseña que sólo la virtud ética es absoluta y que solamente por ella se puede y se debe morir, incluso mediante el suicidio, cuando no hay otra salida” (Zagrebelsky 1997, 125).

⁷⁹¹ Puede verse, por ejemplo en Küng 1999, 79-81; Vidal 1994, 51-52; Velasco 1991, 323. Más aún, “las éticas teleológicas y deontológicas han ido pasando de una irreconciliable enemistad a una mutua adquisición de caracteres valiosos, que los elementos que antaño parecían decisivos para diferenciarles han perdido su fuerza discriminadora. Porque, si en un tiempo la mayor distancia existente entre ambas procedía del consecuencialismo de las primeras y el no consecuencialismo de las segundas, las más relevantes éticas deontológicas de nuestro momento atienden sin reparo alguno a las consecuencias. Hasta el punto de que la ética discursiva, por ejemplo, las incluye en la formulación de su principio ético (...) Y J. Rawls, por su parte, aclara: «...todas las doctrinas éticas dignas de atención toman las consecuencias en cuenta al juzgar la corrección. Si alguna no lo hace así, sería irracional» (*Teoría de la justicia*)” (Cortina, 2007b, 84).

⁷⁹² “Tenemos que ver con claridad que toda acción éticamente orientada puede ajustarse a dos máximas fundamentales distintas entre sí e irremediamente opuestas: puede orientarse conforme a la ética de la convicción o conforme a la ética de la responsabilidad. No es que la ética de la convicción sea idéntica a la falta de responsabilidad o la ética de la responsabilidad a la falta de convicción. No se trata en absoluto de esto. Pero sí hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la que ordena (religiosamente hablando) «el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios», o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción” (Weber 1994a, 163-164).

Sabemos, en segundo lugar, que los valores constitutivos de la ética cívica, como son, por ejemplo, la libertad, la tolerancia, el aprecio de la conciencia, el respeto de las minorías o, en general, los derechos humanos –normas de acción que expresan el tratamiento moralmente debido a las personas–, no sólo se mantienen completamente al margen de la lógica absolutista y violenta denunciada por Schmitt, sino que, muy al contrario, posibilitan el pluralismo o la convivencia pacífica de diversas éticas de máximos en la vida social.

Así resulta, por un lado, que no se entiende cómo es posible que la tesis de Schmitt sobre la tiranía de los valores siga gozando de un tan gran reconocimiento en algunos medios del constitucionalismo; por el otro, que no sería el afianzamiento de la ética cívica, que pasa con cierta holgura el cedazo de la intersubjetividad en que consiste el principio del discurso, sino precisamente lo contrario, la relativización de la misma, la que conduciría ineluctablemente a esa situación social con razón temida por Zagrebelsky en la cual, a falta de “sólidas defensas”⁷⁹³, todo podría ser mercantilizado a través de “la participación del *medium* homologador y desnaturalizador del dinero”, de donde se seguiría, por cierto, la ruina del Estado constitucional democrático y social.

4.5.3. Los derechos: humanos y fundamentales

A. El plano de la moral y el del derecho

La distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales pudiera parecer meramente terminológica, pero, en realidad, en ella queda planteada la relación entre la moral y el derecho.

Los derechos humanos son, efectivamente, normas que se refieren a la persona humana con independencia de cualquier contexto jurídico y pertenencia política y que expresan el comportamiento que es moralmente debido a la misma. Los derechos fundamentales, en cambio, dicen relación a un ordenamiento jurídico y designan un conjunto de normas positivamente establecidas en él. Los primeros tienen, por lo tanto, un estatus moral y los segundos otro de tipo

⁷⁹³ Cf. Zagrebelsky 1997, 163-164.

jurídico ⁷⁹⁴. Una tal distinción, como señala Ferrajoli, es condición de posibilidad para que la ciencia jurídica no se disuelva en una filosofía de la justicia ⁷⁹⁵.

Lo anteriormente dicho implica que, por más que los derechos humanos constituyan pretensiones o expectativas moralmente justificadas, sólo los derechos fundamentales son susceptibles de accionarse judicialmente, teniendo de ese modo garantía de eficacia. Esto es así a causa del carácter coactivo que resulta esencial al derecho y del que la moral está privada: “Por derecho los juristas entienden un conjunto de normas de la conducta humana caracterizadas de que se las hace valer por la fuerza (...) sólo las normas jurídicas de conducta atribuyen facultades, poderes y deberes garantizados por un poder de coactividad organizado”, mientras que un derecho humano, como escribe Bobbio a propósito del derecho natural, sería “un derecho desarmado” ⁷⁹⁶.

B. Derechos que se buscan y se complementan

Lo que no parece cierto, sin embargo, es que las declaraciones de derechos, como ese mismo autor pretende inmediatamente después, se reduzcan a “la expresión de piadosos deseos”, sino que los derechos humanos tienen la tendencia a convertirse en derechos fundamentales, razón por la que él mismo puede considerarlos como “derecho reivindicado” ⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ “Los derechos del hombre son los que así define una concepción del hombre y no un ordenamiento jurídico” (Palombella 1999b, 526; cf. 526-528). “Si se quiere hablar de «derecho» sólo en sentido de derecho positivo, hay que distinguir entre derecho *del hombre* en tanto que normas de acción moralmente justificadas y derechos *del hombre* en tanto que normas constitucionales positivamente válidas. Tales derechos fundamentales tienen un *status* distinto que las normas morales... Como normas constitucionales positivadas y susceptibles de accionarse judicialmente quedan garantizadas dentro del ámbito de validez de una determinada comunidad política” (Habermas 1998, 654). Cf. Jorge 2005, II, 28.

⁷⁹⁵ Cf. Ferrajoli 2004a, 97-98.

⁷⁹⁶ Bobbio, Norberto. *Arguments contre le droit naturel*, citado por Nogueira 2003, 38-39. “La diferencia entre normas jurídicas y morales consiste... en que las primeras ordenan o establecen un cierto comportamiento al atribuir o imputar a la conducta contraria un acto coercitivo como sanción, en tanto que las normas morales estatuyen un determinado comportamiento (y algunas de ellas el mismo que el señalado por las normas jurídicas), sin atribuir o imputar al comportamiento contrario una sanción como acto coercitivo. El orden moral es un orden normativo, pero, a diferencia del derecho, no es un orden coercitivo” (Kelsen 2001, 59-60). Cf. Kelsen 1979, 46-47, 50 y 75; Bovero 2001, 223; Alexy 2003c, 155.

⁷⁹⁷ Cf. Bobbio 1991, 22.

Cabe, efectivamente, decir que los derechos humanos constituyen exigencias morales dirigidas al derecho o, más específicamente, que la reivindicación de los mismos tiene el carácter de una acción política orientada a colocar el ordenamiento vigente a la altura del respeto de la dignidad humana. Es verdad que sólo mediante un recurso a la filosofía política o a una teoría normativa del derecho cabe abogar por el reconocimiento de los derechos humanos como fundamentales en un determinado ordenamiento jurídico, pero eso no significa de ningún modo que tales derechos carezcan de todo tipo de eficacia histórica ⁷⁹⁸.

Al mismo tiempo, junto a esa vocación de juridificación de los derechos humanos encontramos que el derecho es intrínsecamente portador de una pretensión de legitimidad o validez. Habermas se refiere a

esa excitante ambivalencia de la pretensión de validez con que el derecho positivo se presenta. La validez jurídica garantizada por ser las instancias competentes quienes toman las decisiones ha de distinguirse de la validez social del derecho efectivamente aceptado o impuesto. Pero en el complejo sentido que tiene la validez jurídica misma exprésase otra ambivalencia que el derecho moderno debe a su doble base de validez, a una validez que descansa en el principio de positivización, por un lado, y en el principio de fundamentación, por otro (...) la positividad de las normas jurídicas generadas conforme a los correspondientes procedimientos y susceptibles de imponerse coercitivamente, se halla acompañada y recubierta de una pretensión de legitimidad. ⁷⁹⁹

En efecto, a diferencia de lo sucedido en el iuspositivismo al modo kelseniano, donde la validez del derecho quedó reducida a su legalidad, negando así que toda relación con la justicia que le sea

⁷⁹⁸ Cf. Guastini 2001, 217; Bulygin 1987, 83; Cortina 2007a, 158; Palombella 1999b, 528; Garrido 2007, 19-25.

⁷⁹⁹ Habermas 1998, 586; cf. 187, 202-203 y 646. Existe una “tensión entre facticidad y validez inherente al derecho mismo”, es decir, una “tensión entre la positividad del derecho y la legitimidad que ese derecho reclama para sí” (Habermas 1998, 160). “La validez de una norma jurídica se da cuando el Estado garantiza a la vez las dos cosas siguientes: se cuida, por un lado, de que por término medio, y en caso necesario recurriendo a sanciones, la norma sea obedecida, y garantiza, por otro lado, las condiciones institucionales para que la norma produzca en términos de legitimidad, de suerte que en todo momento pueda ser también obedecida por respeto a la ley” (Habermas 1998, 646).

constitutiva⁸⁰⁰, en la actualidad somos perfectamente conscientes de que el derecho no se limita a la efectividad que le proporciona su siempre potencial recurso a la coacción física, sino que tiene necesidad de legitimación⁸⁰¹ y que ésta sólo puede proporcionársela la moral. Son principios extrajurídicos, como señala Böckenförde, los que prestan al derecho “la fuerza de una obligación ética, o se la niegan (...) Tienen su lugar en la conciencia ética y moral de la sociedad (de los ciudadanos). Y a partir de ahí actúan como fuentes y como orientación del derecho positivo, pero sin ser por eso parte de él”⁸⁰².

Sucede, además, que la legitimidad del derecho es condición de posibilidad de su vigencia práctica, pues, como hiperbólicamente hace notar Kriele, “si se suprime la convicción, sólo queda un sistema de coacción que no podría durar un día (...) La eficacia del derecho se basa en su validez”⁸⁰³.

La validez del derecho, por lo tanto, no puede venir dada por los principios en que se formulan los derechos fundamentales, puesto que son jurídicos. Más aún, la legitimidad de los propios derechos fundamentales es una cuestión de tipo moral.

⁸⁰⁰ “Junto a las normas jurídicas hay también otras que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, es decir, que son también normas sociales... Cabe abarcar esas otras normas sociales bajo la denominación de «moral», y la disciplina orientada a su conocimiento y descripción puede ser designada como ética. En tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho” (Kelsen 1979, 71-72). Kelsen “diseñó la cuestión de la validez del derecho de manera que ésta se encontrara en el mismo derecho, con lo que impediría los problemas propios de los planteamientos iusnaturalistas. Así identificó los problemas de legitimidad con los de legalidad, aunque no pudo evitar, por no mirar hacia la legitimidad, caer en las cuestiones de mera efectividad” (Jiménez Sánchez 2001, 194).

⁸⁰¹ Cf. por ejemplo, Alexy 2003c, 155-156; Aragón 1995, 45.

⁸⁰² Böckenförde 2000, 179. “Un orden jurídico sólo puede ser legítimo si no contradice a normas morales. El derecho positivo, a través de la componente de legitimidad que representa la validez del derecho, conserva una referencia a la moral” (Habermas 1998, 172). “Fundamentar o justificar una cierta institución, norma o decisión jurídica supone aportar razones a favor de su reconocimiento por parte del Derecho positivo; razones que no pueden ser o, al menos, no pueden ser principalmente de índole jurídica, pues el Derecho, aun cuando cristalice valores morales, se nos presenta como un *factum* y su estudio tan sólo nos informa acerca de lo prohibido, ordenado o permitido, pero no de los motivos que hacen plausible observar sus prescripciones” (Prieto Sanchís 1990, 17).

⁸⁰³ Kriele 1980, 17.

La cuestión es la clásica de carácter ético-político expresada en la pregunta «¿qué derechos deben ser (o es justo o está justificado que sean) tutelados como fundamentales?»; y admite, por tanto, una respuesta no de tipo asertivo sino normativo, cuya fundamentación racional exige la formulación de criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para justificar su estipulación normativa, conforme a los fines o los valores ético-políticos que aquéllos sean capaces de satisfacer.»⁸⁰⁴

Es en los derechos humanos, que expresan una antroponomía de la dignidad, donde, como a continuación diremos, los derechos establecidos como fundamentales en el neconstitucionalismo han buscado legitimación, encontrándola en razón de que aquéllos constituyen el contenido de la actual ética cívica.

Antes debemos precisar lo previamente dicho acerca del iuspositivismo metodológico, especificando que el criterio de reconocimiento del derecho que en él se emplea es de tipo puramente negativo. En razón del mismo, entendemos, ciertamente, que no existe más derecho que aquel que se encuentra positivamente establecido en un ordenamiento jurídico. Eso no implica, sin embargo que, por el mero hecho de existir en tales ordenamientos y, por ende, gozar de la vigencia práctica que les proporciona un potencial recurso a la coacción física, las normas constituyan derecho. Como consecuencia de la pretensión de legitimidad que le es inherente, una tal reducción del derecho a su pura facticidad o positividad lo conduciría, como dice Habermas, a “perder toda relación con la justicia y con ello su genuino carácter de derecho”⁸⁰⁵. Si los derechos humanos son derecho reivindicado, estaríamos ahora en presencia, por así decir, de un derecho fallido.

Obtenemos, en suma, que, del mismo modo que no existe un derecho no positivo, tampoco existe un derecho inmoral; así como los derechos humanos no son derecho, tampoco los fundamentales

⁸⁰⁴ Ferrajoli 2001b, 315. “Todo lo que en el plano jurídico sea «fundamental» no puede ser justificado por el propio Derecho; pues si lo justificara no podría fundarse en el Derecho, dado que el Derecho gira en torno suyo. Aquí, en su caso, surge la cuestión política...” (Palombella 1999b, 568). Los derechos fundamentales, como explica este autor, son reglas de reconocimiento de carácter sustantivo (cf. Palombella 1999b, 544) o, lo que es igual, “metanormas sustanciales”, que “contienen las opciones éticas, políticas y económicas de una sociedad organizada jurídicamente” (Palombella 1999b, 565).

⁸⁰⁵ Habermas 1998, 578. “En cuanto la validez jurídica quedase privada de toda referencia moral a la justicia, en cuanto quedase privada de toda referencia moral que trascendiese la pura decisión del legislador, el derecho acabaría perdiendo su propia identidad” (Habermas 1998, 577).

lo son necesariamente, sino que necesitan de la legitimación moral que aquéllos están en condiciones de proporcionar.

Podemos, pues, concluir que los derechos humanos y los derechos fundamentales se buscan y se complementan. Si los primeros aportan la legitimidad moral que los segundos demandan, éstos suministran a aquéllos la eficacia social a la que no pueden renunciar en tanto que criterio de justicia que son. Los derechos humanos y los derechos fundamentales no se confunden, por lo que deben ser distinguidos, pero tampoco se dividen, por lo que no deben ser separados⁸⁰⁶; lo primero en razón de sus diferentes estatus, moral el de aquéllos y jurídico el de éstos, lo segundo a causa de sus iguales contenidos semánticos.

C. ¿Un iusnaturalismo de nuevo cuño?

El hecho de que la doctrina neoconstitucional sea metodológicamente iuspositivista no le impide reconocer que, *de facto*, los contenidos semánticos de los derechos humanos y de los derechos fundamentales son, en muy gran medida, coincidentes⁸⁰⁷.

Ello se debe, por un lado, a que el primer constitucionalismo incorporó a los ordenamientos positivos los derechos heredados de la tradición iusnaturalista⁸⁰⁸ y, por el otro, a que el restablecimiento de la Constitución normativa por parte del movimiento neoconstitucional que comenzó a tomar cuerpo tras la segunda guerra mundial estuvo muy profusamente inspirado en los derechos humanos proclamados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1948. Es igualmente cierto, en tercer lugar, que el posterior neoconstitucionalismo, en el que se incluyen las más recientes Constituciones latinoamericanas, acostumbra a reconocer los derechos humanos de la llamada tercera generación, tales como el derecho al medio ambiente, al desarrollo económico, a la convivencia pacífica o a la información, que, también éstos, fueron moralmente exigidos antes que jurídicamente protegidos.

⁸⁰⁶ “Hay que distinguir, por tanto, entre derecho y moral (...) Hay que distinguir, pero no hay que separar” (Kriele 1980, 27).

⁸⁰⁷ Cf. Habermas 1998, 654.

⁸⁰⁸ Cf. Bobbio 1991, 39; Zagrebelsky 1997, 114; Guastini 2001, 218; Ferrajoli 2004a, 66.

Lo anteriormente dicho permite entender que el neoconstitucionalismo se presta a ser interpretado como un iusnaturalismo de nuevo cuño, lo que realmente sucede en determinados medios ⁸⁰⁹. Los doctrinarios neoconstitucionalistas, por su parte, se cuidan de dejar bien sentado que la positivación jurídica de los derechos humanos, entre ellos los históricamente afirmados por la doctrina del derecho natural, no hace del neoconstitucionalismo un “nuevo iusnaturalismo”.

Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que el modelo garantista, es decir, la interpretación del Estado constitucional de derecho que él propugna, está dotado de “una doble artificialidad: la del *ser* del derecho, es decir, de su «existencia» –ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, «puesto» por el legislador– y también la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de «validez», asimismo positivadas con rango constitucional, como *derecho sobre el derecho*, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica” ⁸¹⁰. De ahí que “en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada” ⁸¹¹, sin que ello implique esa variante del iuspositivismo ideológico que sería el constitucionalismo ético ⁸¹².

⁸⁰⁹ “Según una opinión muy difundida, el constitucionalismo de nuestros días marcaría una revancha del jusnaturalismo sobre el positivismo jurídico” (Ferrajoli 2002, 7). Los defensores de esa tesis, según Aragón, han acuñado la expresión “nuevo iusnaturalismo”, considerada por él inadecuada (cf. Aragón 1995, 49).

⁸¹⁰ Ferrajoli 2004a, 67. La doble artificialidad vendría dada “ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo” (Ferrajoli 2004a, 19).

⁸¹¹ Ferrajoli 2002, 8.

⁸¹² La doble artificialidad “no debilita en absoluto la vieja separación juspositivista entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre el punto de vista interno y el punto de vista externo: precisamente, la autonomía de la moral y aquello que reiteradamente he llamado la «primacía del punto de vista externo» al derecho impiden, en efecto, aquella variante del legalismo ético y del juspositivismo ideológico que sería el constitucionalismo ético” (Ferrajoli 2002, 19). Puesto que Ferrajoli sostiene la primacía del punto de vista externo, en el modelo garantista la separación entre derecho y moral tiene un sentido diferente al que tenía en el primer iuspositivismo.

En ese mismo sentido, Zagrebelsky dirá que los principios constitucionales constituyen el mayor orgullo del derecho positivo o, también, que tanto la Constitución como los derechos que en ella encuentran sede son la mayor de las creaciones políticas ⁸¹³.

Habermas, por su parte, señala que el solapamiento de contenidos producido por la referencia a la moral que es constitutiva del derecho ni hace que aquélla se agote en positividad jurídica ni convierte a éste en un orden normativo jerárquicamente inferior, tal y como sucedería en el esquema premoderno de la *hierarchia legum*, sino que, en razón de “la diferencia de lenguajes”, la adopción de contenidos morales por parte del derecho no significa una moralización directa del mismo ⁸¹⁴. Es verdad que “el legislador, pese a su autonomía, no debe poder decidir nada que vulnere los derechos del hombre”, pero las propiedades formales del derecho son distintas de las de la moral, de modo que

los derechos del hombre pueden venir fundamentados a título de derechos morales tan bien como se quiera; pero en cuanto se conciben como ingredientes del derecho positivo, salta a la vista que no le pueden ser encasquetados al legislador soberano, por así decir, en términos paternalistas. Pues los destinatarios del derecho no podrían entenderse simultáneamente a sí mismo como autores de él si el legislador se limitara a encontrar ahí los derechos del hombre como derechos morales, respeto a los que no pudiera hacer otra cosa que positivarlos. ⁸¹⁵

Además, esa moralidad que, por un lado, se enfrenta al derecho y, por el otro, se traslada parcialmente a él, adquiriría, según Habermas, una inserción jurídica de naturaleza

⁸¹³ “Los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural”, sino que “representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de «positivizar» lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural (...) Los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas” (Zagrebelsky 1997, 114). La misma tesis puede encontrarse en Batista 2005, 45-46.

⁸¹⁴ “Los mencionados ejemplos de moral *en el derecho* no significan sino que contenidos morales son traducidos al código del derecho y dotados de otro modo de validez” (Habermas 1998, 276; cf. 171, 276-277 y 599).

⁸¹⁵ Habermas 1998, 653. “...los derechos fundamentales que aparecen en la forma positiva de normas constitucionales no podemos entenderlos como simples copias de derechos morales, ni la autonomía política como una merca copia de la autonomía moral. Antes las normas generales de acción *se ramifican* en reglas morales y reglas jurídicas, es decir, se dividen en dos clases de reglas complementarias pero independientes. Desde puntos de vista normativos, a esto responde el supuesto de que la autonomía moral y la autonomía ciudadana”, los derechos humanos y la soberanía popular, “son cooriginales” (Habermas 1998, 172; cf. 184).

procedimental, desembarazándose así de todo contenido normativo determinado y controlando su propia racionalidad mediante las reglas de la teoría del discurso, marco regulativo de un asentimiento de carácter general ⁸¹⁶: “la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo, constituye (tras el hundimiento del derecho natural racional) la única dimensión que queda en que puede asegurarse el derecho positivo un momento de incondicionalidad” ⁸¹⁷.

Observamos, pues, que la coincidencia semántica entre derechos humanos y derechos fundamentales no anula el estatuto que es específico al derecho y, por tanto, a los derechos fundamentales, cuyo carácter es jurídico –a diferencia del de los derechos humanos, que es moral– y que sólo pueden ser identificados mediante un método iuspositivista. Es la razón por la que, como hemos dicho, los derechos humanos y los fundamentales no deben ser confundidos, sin olvidar que tampoco deben ser separados, puesto que, *de facto*, el neoconstitucionalismo ha procedido y sigue procediendo a positivizar jurídicamente como fundamentales los derechos humanos, que constituyen el contenido de la actual ética cívica y en los cuales encuentran la legitimación moral que necesitan.

D. Dworkin y los derechos morales

Traemos a colación el pensamiento jurídico de este importante tratadista porque, a pesar de lo dicho sobre el carácter metodológicamente iuspositivista de la doctrina constitucional

⁸¹⁶ “Por un lado, los fundamentos morales del derecho no puede explicarse en forma de un derecho natural racional superior. Por otro, tampoco se los puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente necesita. Pero entonces hay que mostrar cómo en el interior del derecho positivo mismo puede estabilizarse el punto de vista moral de una formación imparcial del juicio y de la voluntad. Para satisfacer a esta exigencia no basta con que determinados principios morales del derecho natural racional queden positivados como *contenidos* del derecho constitucional. Pues de lo que se trata precisamente es de la contingencia de los contenidos de un derecho que puede cambiarse a voluntad. Por eso... la moralidad inserta en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza transcendente de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad”. “En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al derecho positivo puede hacerse efectiva mediante el siguiente procedimiento, a saber, el de hacer que los discursos sobre objetivos políticos queden sometidos a las restricciones impuestas por el principio de que los resultados de esos discursos puedan ser susceptibles de asentimiento general, es decir, a las restricciones impuestas por el punto de vista moral, que hemos de respetar cuando se trata de fundamentar normas” (Habermas 1998, 538 y 585 respect.). Cf. 559 y 586.

⁸¹⁷ Habermas 1998, 586.

contemporánea en sus líneas generales, “muchos autores han considerado la filosofía jurídica de Dworkin como una inteligente restauración del viejo iusnaturalismo”⁸¹⁸.

Dworkin, desde luego, no se adhiere al iusnaturalismo en el sentido en que esa doctrina es habitualmente entendida, es decir, no admite la existencia de un conjunto de normas morales objetivas, perennes y de alcance universal que puedan ser racionalmente descubiertas y conocidas. Su teoría de los derechos morales, según él mismo especifica, “no supone que los derechos tengan ningún carácter metafísico especial, y la teoría que defendemos en estos ensayos se aparta, por ende, de otras teorías de los derechos más antiguas, que se apoyan efectivamente en tal suposición”⁸¹⁹. La suya es una teoría de los derechos morales libre de supuestos ontológicos o, en sus propios términos, “de tono menor”, según la cual “un hombre tiene un derecho moral en contra del Estado si por alguna razón el Estado haría mal tratándolo de cierta manera, aun cuando al hacerlo así favoreciera el interés general”⁸²⁰, por lo cual la afirmación de un derecho consiste simplemente en un juicio moral.

Ocurre, al mismo tiempo, que Dworkin se propone “llevar a cabo un ataque general contra el positivismo”, entendiendo por tal “la teoría según la cual los individuos tienen derechos legales sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita”⁸²¹. Resulta claro, por lo tanto, que se trata de un rechazo del

⁸¹⁸ Calsamiglia 1984, 14. Se diría que entre ellos se encuentra Bobbio, quien explica que juristas de tradición anglosajona, por ejemplo Dworkin, hablan de derechos morales y de derechos legales, mientras que en la tradición continental suele hablarse de derechos naturales y de derechos positivos. Pues bien, “«derechos morales» contrapuesto a «derechos legales» ocupa el mismo espacio que «derechos naturales» contrapuesto a «derechos positivos». Se trata en ambos casos de una contraposición entre dos sistemas normativos distintos, en los cuales lo que cambia es el criterio de distinción. En la distinción entre *moral rights* y *legal rights*, el criterio es el fundamento, en la distinción entre «derechos naturales» y «derechos positivos» es el origen” (Bobbio 1991, 20).

⁸¹⁹ Dworkin 1984, 37. “Muchos abogados se resisten a hablar de derechos morales, aunque les resulta fácil hablar de lo que está bien o está mal que haga el gobierno, porque suponen que los derechos, si es que existen, son una especie de cosas fantasmales que los hombres y las mujeres tienen de manera muy semejante a como tienen otras cosas nada fantasmales, como las amígdalas” (Dworkin 1984, 219).

⁸²⁰ Dworkin 1984, 219; cf. 37. Por eso, “una afirmación de derecho es una clase especial (en el sentido de restringida) de juicio referente a lo que está bien o está mal que hagan los gobiernos” (Dworkin 1984, 219).

⁸²¹ Dworkin 1984, 72 y 37 respect.

iuspositivismo metodológico y, de hecho, procede a discutir ampliamente el planteamiento de Hart para, finalmente, centrar el desacuerdo con él en la regla de reconocimiento ⁸²². Sucede, dicho de otro modo, que, a juicio de Dworkin, los derechos morales y los derechos jurídicos no tienen estatus claramente distintos, sino que la frontera entre ellos se encuentra bastante desdibujada ⁸²³.

Los derechos fundamentales son entendidos por Dworkin como “derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos”, pero se diría que una tal positivación no es considerada requisito de su condición de derecho, pues sostiene que “los individuos pueden tener derechos legales diferentes de los creados por una decisión o una práctica explícita; es decir, que pueden tener derecho a resoluciones judiciales específicas incluso en casos difíciles en que no hay una decisión o una práctica explícita que exija una decisión en ningún sentido” ⁸²⁴.

En lo que a los derechos humanos respecta, este autor considera que constituyen un tipo particularmente eminente de derechos, que, por proteger a los individuos frente a los gobiernos y a las mayorías, así como frente a los cálculos de utilidad social, deben denominarse políticos, pero que tienen un carácter moral, es decir, que son prepolíticos en el sentido de que no vienen constituidos por una decisión de índole estatal ⁸²⁵. Explica que a tales derechos humanos,

⁸²² La tesis en discusión “sostiene que, en toda nación que tenga un sistema jurídico evolucionado, existe dentro de la comunidad de sus jueces y funcionarios legales alguna norma *social* o conjunto de ellas que establece los límites del deber del juez de reconocer como derecho cualquier otra norma o principio (...) Hart propone esta tesis; en realidad, su teoría de que en todo sistema jurídico existe una regla social de reconocimiento puede ser considerada como una de las contribuciones más importantes que el autor ha hecho a la tradición positivista”. He ahí la tesis que “él propone y que yo niego. El problema es importante; de él depende la idea tradicional de que las normas jurídicas se pueden distinguir, en principio y como grupo, de las normas morales o políticas” (Dworkin 1984, 119 y 120 respect.). La discusión completa con Hart puede verse en las pp. 65-125.

⁸²³ “Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En caso de conflicto entre derechos morales y jurídicos éstos no triunfan necesariamente sobre aquéllos. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir. Según Dworkin el problema de los derechos no se resuelve mediante el mero reconocimiento legal porque el umbral entre derechos morales y jurídicos es difuso” (Calsamiglia 1984, 17).

⁸²⁴ Dworkin 1984, 284 y 38 respect.

⁸²⁵ Cf. Dworkin 2008, 48-52.

denominados políticos y de carácter moral, suelen recurrir los estadounidenses para justificar la existencia de los derechos legales, entre ellos los constitucionales, pero también para criticar la inexistencia de otros. Ahora bien, nuevamente se diría que, a ojos de Dworkin, la positivación de los derechos humanos no aparece como condición necesaria de su pertenencia al ordenamiento jurídico, puesto que “nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado”⁸²⁶ y que éstos se definen por relación a las dos dimensiones de la dignidad y como condiciones necesarias para el respeto de las mismas⁸²⁷.

Hemos de reconocer que la anterior presentación de la postura de Dworkin en el presente tema resulta de una lectura marcadamente interpretativa por nuestra parte, la cual es, en todo caso, inevitable a causa de la falta de claridad de que, según nuestra percepción, adolecen sus textos en el punto que nos ocupa. Pues bien, si esa nuestra interpretación es correcta, Dworkin se encuentra ciertamente muy lejos de suscribir el iuspositivismo metodológico que, de forma general, caracteriza el pensamiento jurídico contemporáneo⁸²⁸ y, en consecuencia, su postura no permite distinguir entre el derecho constitucional y una ética de la justicia, o sea, entre el punto de vista jurídico y el filosófico-político.

⁸²⁶ Dworkin 1984, 230; cf. 284. La anterior tesis de Dworkin se encuentra muy vinculada a su defensa del activismo judicial, puesto que a continuación añade: “Las cláusulas difíciles del *Bill of Rights*, como las cláusulas de igual protección o de proceso debido, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política. Es posible que sea necesario suavizar en alguna medida esa postura activista” (Dworkin 1984, 230-231).

⁸²⁷ “Podemos insistir en que las personas tienen derechos políticos a todas las protecciones que sean necesarias para respetar la igual importancia de sus vidas y la responsabilidad soberana de la que son titulares en el momento de identificar el valor e incorporarlo a sus vidas” (Dworkin 2008, 50).

⁸²⁸ Sobre los derechos morales de Dworkin ha escrito Bovero: “Se puede objetar que este status moral es solamente el original e inicial, falta de coacción, de los derechos individuales modernos: es el *status nascendi* de los derechos, cuando se presentan como meras pretensiones y reivindicaciones, que no han sido todavía acogidas ni reconocidas jurídicamente, y por lo tanto privadas de validez formal. Sólo cuando estos derechos se positivizan se vuelven plenamente derechos, *iura perfecta*; si bien, una vez que se convierte en tales, dejar de ser «solamente» derechos morales” (Bovero 2001, 223).

Por otra parte, su teoría, tal y como se ha hecho notar y nosotros hemos podido comprobar, no es conceptual, sino empírica, dándose como objeto el sistema constitucional de los Estados Unidos⁸²⁹.

Digamos, por último, que los derechos humanos tienen ciertamente una función política en el sentido dworkiniano, es decir, reivindican una protección de los individuos frente al Estado y, por ende, una inhibición de la acción estatal. Sin embargo, tal función no ofrece un criterio de categorización de los derechos o, con otras palabras, no permite caracterizar un tipo específico de los mismos, tal y como tendremos oportunidad de demostrar en la consideración de los sociales, de los que nos ocupamos ya a continuación.

4.6. Los derechos sociales y la dignidad

No podríamos, ciertamente, cerrar este último capítulo sin prestar atención a los derechos sociales, cuya existencia constituye una de las notas definitorias del Estado constitucional democrático y social⁸³⁰.

Por derechos sociales entenderemos el conjunto de los también denominados económicos, sociales y culturales, entre los que se incluyen, por ejemplo, el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, a la sindicación, a la huelga, a la seguridad social, a la protección familiar, a un nivel de vida adecuado, que incluye alimentación, vestido y vivienda, a la salud física y mental, a la educación o a la participación en la vida cultural.

⁸²⁹ “Dworkin ha descrito el sistema y el funcionamiento constitucional de Estados Unidos (su teoría no es conceptual sino descriptiva, como observa Soper) (...) «la conexión existente en aquel país entre el derecho y la moral, aunque sea importante y estrecha, no es una condición necesaria o conceptual, sino fáctica» (Genaro Carrió)” (Calsamiglia 1984, 12).

⁸³⁰ “La fórmula «Estado social» aparece por primera vez durante la revolución de París de 1848 cuando Louis Blanc emplea la expresión «República democrática y social» para referirse a un Estado que garantizaba el derecho al trabajo y que propiciaba la creación de centros de producción que fueran administrados por los propios trabajadores en base a las fórmulas cooperativistas de la época” (Jorge 2005, I, 666).

Valga especificar que también ellos, al igual que el resto de los derechos fundamentales, son de titularidad estrictamente individual, por lo que de ningún modo cabe concebirlos como derechos colectivos⁸³¹.

El punto de partida para la protección de los derechos sociales vino dado por la *Declaración universal de derechos humanos* de 1948, matriz de los instrumentos jurídicos de derecho internacional que son los dos *Pactos* de 1966, entre ellos el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*⁸³². En el plano del sistema interamericano, el tratado central en la materia es el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, en el que se desarrolló y definió el contenido jurídico del artículo 26 de dicha *Convención*. Por lo demás, la mayor parte de las actuales Constituciones de América Latina y el Caribe se inscriben en el denominado constitucionalismo social.

4.6.1. El Estado de derecho burgués

La ideología liberal subyacente al constitucionalismo decimonónico propugnó la insuperable idoneidad del mercado tanto desde el punto de vista de la eficacia económica como desde el de la equidad, es decir, sostuvo que el libre juego de la oferta y de la demanda representaba el instrumento más adecuado no sólo para generar riqueza, sino también para proceder a una distribución de la misma socialmente amplia, generando así cohesión social en grado razonablemente suficiente. El principio de la igual libertad consagrado en el Estado de derecho habría establecido un marco de relaciones contractuales y, por tanto, exentas de explotación en el

⁸³¹ Es verdad que “los derechos sociales son derechos de las personas contempladas en una situación específica o contextualizada”, pero resulta muy ambiguo afirmar que “se configuran como derechos de colectivos humanos definidos (del obrero, del niño, del anciano, del refugiado, de la minoría étnica, del disminuido físico, etc.) y no como derechos de «toda persona» o «todo ser humano»” (Osuna 2002, 180). El titular de los derechos sociales es, en realidad, toda persona que se encuentre en tales situaciones particulares.

⁸³² Los precedentes vinieron dados por la Declaración francesa de derechos de 1793, la Constitución francesa de 1848, la prusiana de 1848, así como, muy especialmente, la mexicana de 1917, también conocida como Constitución de Querétaro, la de Weimar en 1919 o la española de 1931 (cf. Osuna 2002, 182-183). Puede verse una presentación de los antecedentes y de la historia del Estado social en Jorge 2005, I, 666-669.

cual, mediante su propia actividad laboriosa, hábil y diligente, todos y cada uno podrían lograr los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos jurídicamente reconocidos. Así, como señala Grimm, “quien no hubiera alcanzado los medios necesarios para el uso de los derechos fundamentales, pese a las posibilidades abiertas, probaba con ella su incapacidad subjetiva; su miseria podría considerársele achacable y, en ese sentido, no injusta”⁸³³.

Los resultados históricos, sin embargo, pusieron en evidencia la falsedad de tales pretensiones y desmintieron que pueda confiarse al supuesto automatismo de los mercados el establecimiento de un orden social justo⁸³⁴. El capitalismo liberal del siglo XIX y comienzos del XX generó profundas desigualdades sociales y relaciones de dominio de los económicamente poderosos sobre el resto de los ciudadanos, dejando “una división de clases no menos escandalosa que la diferencia estamental precedente”. El Estado de derecho formal, por su parte, fue un diseño político de orientación burguesa, en el que los derechos jurídicos reconocidos a todos por igual no sólo se transformaron en privilegios de clase⁸³⁵, sino que proporcionaron cobertura legal a la explotación económica, puesto que, “en situación de desequilibrio material, la libertad formalmente igual se transforma, *de facto*, en el derecho del más fuerte”⁸³⁶. “En su majestuosa igualdad –ironizó Anatole France–, la ley prohíbe tanto al rico como al pobre dormir bajo los puentes, pedir limosna en la calle y robar pan”⁸³⁷.

⁸³³ Grimm 2006, 162.

⁸³⁴ Hablamos de evidencia en el sentido de que una tal percepción de la situación social no estaba en absoluto vinculada a una posición ideológica de izquierda. Valga como ejemplo el caso de Pío XI, quien, en vísperas de la segunda guerra mundial, denunciaba un “gravísimo trastorno” en la distribución de los recursos entre, “de un lado, la enorme masa de proletarios, y, de otro, los fabulosos recursos de unos pocos sumamente ricos”. “Salta a los ojos de todos, en primer lugar, que en nuestros tiempos no sólo se acumulan riquezas, sino que también se acumula una descomunal y tiránica potencia económica en manos de unos pocos” (Pío XI 1999, 86 y 100).

⁸³⁵ Lorenz von Stein pudo llegar a sostener que “la libertad sólo existe para aquellos que poseen las condiciones sociales y materiales que les permiten disfrutar de ella” (citado por De Vega 2007, 26). En tales condiciones el Estado no sería la hegeliana realización de la libertad, sino un “Estado de necesidad y de coacción” (cf. García-Pelayo 1994, 50).

⁸³⁶ Grimm 2006, 73 y 161-162 respect. “No basta con que las reglas del juego sean iguales para todos. También los cristianos en el circo romano podían morder a los leones” (Tezanos 1994, 78).

⁸³⁷ Citado por Lenski 1969, 65.

4.6.2. Del constitucionalismo social a la ofensiva neoliberal

Tanto la extensión de la pobreza y la profundización de la desigualdad que tuvieron lugar durante la gran depresión ocurrida a partir de 1929 como la pujanza social y política del movimiento obrero crearon las condiciones favorables para que, tras la segunda guerra mundial, se produjera un compromiso social de gran alcance entre, por un lado, los representantes políticos y sindicales del movimiento obrero y, por el otro, los propietarios del capital. El resultado fue la economía social de mercado o, en una perspectiva política, el Estado social, fórmula mediante la cual aquéllos aceptaron en amplia medida la propiedad privada de los medios de producción y la regulación económica por el mercado, al tiempo que éstos asumieron tanto una política de pleno empleo sobre la base de la teoría económica keynesiana como diversas formas de intervención económica del Estado con un objetivo de redistribución de la riqueza ⁸³⁸.

La principal dimensión jurídica de tal diseño político-económico fue el constitucionalismo social, por el cual el Estado social pasó a ser un principio jurídico fundamental objetivo, plasmado en diversos derechos sociales, aunque éstos fueran entonces ideados con un perfil más bien programático y legislativo. En aquel momento,

la constitucionalización de los derechos sociales es concebida... en un sentido débil, en la medida en que éstos se consideran mandatos políticos o, si acaso, normas de efecto sólo indirecto, mediato. Cumplen, básicamente, una función de cobertura, de habilitación, que permite al legislador incursiones en esferas que el constitucionalismo liberal le vedaba radicalmente. Pero no adquieren, en ningún caso, el 'status' de verdaderos derechos subjetivos: casi nunca resultan justiciables y su concreción aparece supeditada a la interposición legislativa y administrativa. ⁸³⁹

Con todo, las tres décadas subsiguientes conocieron no sólo una nueva gran expansión económica, sino también, al menos en las economías centrales, un mejoramiento significativo de las condiciones de vida tanto de los trabajadores como de la población en general, gracias, entre otras cosas, al desarrollo de los derechos sociales previamente constitucionalizados.

⁸³⁸ Cf. Pisarello 2001, 83; De Cabo 2003, 22.

⁸³⁹ Pisarello 2001, 84.

Ahora bien, la crisis económica de mediados de los años setenta marcó el comienzo de casi otras tres décadas de ofensiva del neoliberalismo contra el Estado social ⁸⁴⁰, en las que, en base a una llamada economía de la oferta, de corte neoclásico, la puesta en práctica de los derechos sociales se ha visto debilitada so capa de generar un nuevo impulso económico que habría supuestamente de redundar en beneficio general, pero que ha estado realmente guiado por un propósito de recuperación de las tasas de rentabilidad del capital ⁸⁴¹.

De forma esquemática y contra toda evidencia histórica, los neoliberales sostienen en nuestros días... que el aumento de la riqueza que se produce de forma colectiva (globalmente) llegará de forma espontánea, según las leyes del propio mercado, a beneficiar a los últimos, a los más débiles. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son superfluos –la autorregulación del mercado, por decirlo de alguna manera, otorgará a todos más de lo que les puede otorgar cualquier defensa jurídica: mejores escuelas, mejores servicios de salud, mejor trabajo, sólo es cosa de saber esperar– o, incluso, se ve a los derechos como vínculos peligrosos porque se alejan de las actividades empresariales, de las fuerzas multiplicadoras de riqueza y, por lo mismo, del «progreso». En esta óptica el único derecho verdaderamente fundamental es el derecho de empresa que se funda en el «sagrado» derecho a la propiedad privada. ⁸⁴²

Es ese dogmatismo del mercado, con su obsesión por la supresión de regulaciones y, en general, por la contracción de las competencias económicas del Estado, muy en particular la redistributiva, el que ha conducido al sistema financiero y económico internacional hasta la crisis en que actualmente se encuentra sumido y que vuelve a pesar con especial gravedad sobre las condiciones de vida de los más pobres.

⁸⁴⁰ El neoconservadurismo, variante cultural del neoliberalismo, declaró una “guerra de ideas” a “la cultura antagonista” con vistas a lograr una legitimación moral del modelo capitalista-democrático (economía del mercado y democracia representativa). En ese sentido escribía Novak: “Una guerra de ideas está teniendo lugar en muchos corazones y en muchos espíritus (...) Del final de ese combate depende la forma que adquirirá nuestra sociedad en el futuro” (Novak 1987, 37).

⁸⁴¹ “Dicho proceso, agravado por la expansión de los mercados financieros, en detrimento de los productivos, contribuye a socavar y fragmentar la base de apoyo sobre la que se asentaba el contrato constitucional del estado social tradicional (...) Así, a diferencia de los intereses vinculados a la expansión mercantil, de articulación relativamente fácil, los intereses de los colectivos más débiles no pueden tomarse ya, en el marco de la crisis del estado social tradicional, como un dato previo” (Pisarello 2001, 87-88).

⁸⁴² Vitale 2002, 45.

Eso sucede, además, en tiempos de globalización, en los que la pobreza aparece como “la mayor vulneración a la dignidad en nuestros pueblos de Tercer Mundo”, al tiempo que se “propicia la industrialización de los países en vías de desarrollo en base a salarios bajos y jornadas laborales más largas, lo que fomenta la emigración de las empresas de los países más desarrollados y con mayores derechos sociales y conduce a la «desindustrialización colectiva» de éstos”⁸⁴³.

Ahora bien, a pesar tanto de la referida debilidad del primer constitucionalismo social como de su ulterior decaimiento neoliberal, los tratados internacionales relativos a esta materia y muchos ordenamientos constitucionales establecen las bases normativas suficientes para que los derechos sociales adquieran una nueva entidad⁸⁴⁴, la que reclama la lógica de la objetivación de la dignidad como compromiso con la igual libertad de todos los ciudadanos.

4.6.3. Una fundamentación liberal de los derechos sociales

A. La igual libertad en términos reales

El paso del Estado liberal al Estado social no supone tanto un cambio de contenidos de los derechos cuanto de perspectiva sobre los mismos o, como se ha dicho, un “redimensionamiento

⁸⁴³ Jorge 2005, I, 578 y 669 respect. “La situación de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina es crítica. En muchos lugares son vulnerados a través de prácticas laborales de explotación, de discriminación, o debido a condiciones de trabajo indignas en plantaciones, minas y maquilas; a través de desplazamientos forzados y usurpaciones inescrupulosas de las tierras de los campesinos; también debido a los costos impagables de los medicamentos que requieren personas con enfermedades crónicas; a las miseria y abandono de muchas escuelas públicas, o a la falta de pago de las pensiones de los jubilados. Incluso subsisten en la región formas «modernas» de servidumbre y trabajo forzado. Particularmente en riesgo se encuentran los derechos sociales de los niños, las mujeres, las personas de la tercera edad, los indígenas y afroamericanos; y en general, los derechos de los innumerables pobres de América Latina” (Krennerich y Góngora 2009, 1).

⁸⁴⁴ Cf. Pisarello 2001, 92. La Constitución dominicana no contiene la fórmula expresa de Estado social, pero sin duda constituye uno de sus principios, puesto que “«declara de interés social la dedicación de la tierra a fines útiles y a la eliminación gradual del latifundio» (art. 8.13.a), limita la libertad de contratación laboral (art. 8.11), refuerza la libertad sindical (art. 8.11.a) y el derecho de huelga (art. 8.11.d) y consagra una serie de derechos sociales (derecho a la asistencia social de las madres desamparadas, el derecho de protección de los ancianos, etc.)”. Además, la igualdad pretendida no es meramente formal, sino material, puesto que “la República condena todo privilegio y toda situación que tienda a quebrantar la igualdad de todos los dominicanos, entre los cuales no deben contar otras diferencias que las que resulten de los talentos o de las virtudes (art. 100)” (Jorge 2005, I, 673). En el *Anteproyecto de reforma constitucional* presentado en el Congreso Nacional por la Presidencia de la República, ésta es definida como “un Estado Social y Democrático de Derecho” (art. 6) y los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran debidamente sistematizados en los artículos 41-54.

de la imagen del sujeto titular de los derechos”⁸⁴⁵. Tal cambio consiste en la sustitución de la vieja consideración genérica y abstracta del ser humano –en realidad, cobertura ideológica de la burguesía– por otra de tipo específico y concreto, es decir, social e históricamente contextualizada, lo que permite concebir la ciudadanía como igual libertad efectiva y, en consecuencia, obliga a tomar en consideración las implicaciones sociales del ejercicio de los derechos fundamentales⁸⁴⁶.

Los derechos sociales, en efecto, se inscriben en “la dialéctica entre la libertad jurídica y la libertad fáctica de los destinatarios del derecho”, ordenándose, en primer lugar, a evitar que las desigualdades reales se vean acentuadas por la equiparación formal de los derechos⁸⁴⁷. Constituyen, al mismo tiempo, condiciones de posibilidad de la igual libertad efectiva de las personas, pretendiendo que éstas dispongan de igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos, tanto civiles como políticos, que les son formalmente reconocidos⁸⁴⁸.

Los derechos sociales, dicho de otro modo, son susceptibles de una fundamentación liberal, tal y como entienden autores como Bobbio, Alexy o Habermas, a condición de que la libertad se

⁸⁴⁵ Pérez-Luño. Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, citado por Osuna 2002, 181.

⁸⁴⁶ “...la función de los derechos fundamentales ya no puede apoyarse en los supuestos de teoría de la sociedad que el paradigma liberal de derecho comporta, es decir, ya no puede agotarse en proteger de las intrusiones del aparato estatal a ciudadanos que de por sí gozasen de autonomía privada. Pues la autonomía privada viene también amenazada por posiciones de poder económico y social y por su parte depende del modo y manera como, y del grado en que, los sujetos pueden efectivamente ejercitar sus derechos de comunicación y participación de ciudadanos democráticos” (Habermas 1998, 336-337). “Se abandona así la concepción liberal según la cual todos los derechos fundamentales tienen formalmente la misma posición jurídica sin referencia a la situación social de los titulares de los mismos, con lo que termina la hipocresía de reconocer derechos que sólo pueden ser ejercidos por minorías poderosas o con propiedades importantes” (Jorge 2005, I, 672).

⁸⁴⁷ “El principio de libertad jurídica genera desigualdades fácticas, pues no sólo permite el uso diferencial que los distintos sujetos hacen de los mismos derechos, sino que también lo posibilita” (Habermas 1998, 499; cf. 498). “Debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad *de iure* deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza” (Alexy 1993, 404).

⁸⁴⁸ Los derechos sociales “fundan pretensiones concernientes al cumplimiento de condiciones sociales, culturales y ecológicas para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos de libertad de carácter privado y de los derechos de participación política” (Habermas 1998, 201). “El principio del Estado Social proclama como finalidad esencial del Estado obtener un disfrute real y efectivo de todos los derechos fundamentales por el mayor número de personas” (Jorge 2005, I, 672).

conciba no en términos formales, sino reales, y que, por tanto, el criterio de legitimidad política venga dado por el logro de una libertad tanto negativa como positiva efectivamente iguales⁸⁴⁹.

El argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de la libertad (...) la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor. Esta tesis... es correcta si se la interpreta en el sentido de que la libertad jurídica de 'a' para realizar o no realizar la acción 'h' carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, 'a' no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de 'h'. De esto se trata cuando Lorenz von Stein dice: «La libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la mismas, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación» o cuando el Tribunal Constitucional Federal expresa; «el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él».⁸⁵⁰

Hemos, pues, de decir que el propio sistema de los derechos fundamentales, cuya razón de ser es la protección y el desarrollo de la libertad de las personas, apunta a las libertades reales o, en otros términos, que, con el fin de evitar que se conviertan en “fórmulas vacías” (Böckenförde), tales derechos han de ser considerados como socialmente referidos, según la idea del Estado social pretende y logra expresar⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Por contraposición a la “libertad negativa”, que remite a los derechos civiles, y a la “libertad política”, que equipara con los derechos democráticos, Bobbio denomina “libertad positiva” a la que consiste en la capacidad para convertir en comportamientos concretos las facultades jurídicamente reconocidas, haciendo así referencia a las condiciones procuradas por los derechos sociales (cf. Bobbio 1991, 43-44). Nosotros, como se ve, denominamos a tal capacidad libertad real (o efectiva o fáctica), entendiendo que afecta tanto a los derechos civiles (la libertad de los modernos de Constant y la negativa de Berlin) como a los políticos (la libertad de los antiguos de Constant y la positiva de Berlin).

⁸⁵⁰ Alexy 1993, 486-487.

⁸⁵¹ Los derechos fundamentales son “normaciones no solo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente” (Häberle, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat*, citado por Alexy 1993, 489). Cf. Jorge 2005, I, 672. “Como el mecanismo de mercado no funciona como se supone en el modelo jurídico liberal, ni tampoco la sociedad económica constituye, como ese modelo supone, una esfera exenta de poder, el principio de libertad jurídica, habida cuenta del cambio de circunstancias sociales, tal como ese cambio es percibido en el modelo del Estado social, sólo puede imponerse por vía de una «materialización» de los derechos existentes y por vía de crear nuevos tipos derechos (...) Con la autonomía privada queda garantizado a cada cual su *status* de persona jurídica; pero éste está muy lejos de fundarse solamente en la protección de un ámbito de vida privada en sentido sociológico, aun cuando sea sobre todo en él donde la libertad jurídica pueda *acreditarse* como posibilidad de la libertad ética. El *status* de un sujeto jurídico libre, autónomo en el sentido del derecho privado, viene constituido por la totalidad de todos los derechos relativos a acciones y relativos a *status*, que resulten de la configuración políticamente autónoma del principio de libertad jurídica” (Habermas 1998, 482-483).

Los derechos civiles y políticos son, por consiguiente, condiciones necesarias de una igual libertad, pero adolecen de insuficiencia, puesto que también los derechos sociales son condiciones necesarias de la misma. Son estos últimos los que confieren efectividad a la libertad formalmente reconocida por aquéllos al proporcionar “capacidad económica suficiente para satisfacer necesidades fundamentales de la vida material y espiritual sin las cuales la libertad liberal sería vacía y la libertad democrática, estéril”⁸⁵².

Todo ello permite entender que los firmantes de la *Carta de las Naciones Unidas* se dijera resueltos, ya desde su preámbulo, “a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” y que el artículo 22 de la *Declaración universal de derechos humanos* establezca que “toda persona... tiene derecho a la seguridad social, y a obtener... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Asimismo, en el preámbulo del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* se reconoce que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

En el sistema interamericano cabe destacar que en el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos económicos, sociales y culturales* se asume, también en su preámbulo,

*la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.*⁸⁵³

⁸⁵² Bernal 2006, 64.

⁸⁵³ “Todos los seres humanos... tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica” (*Carta de la Organización de los Estados Americanos*, art. 45.a). “Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” (*Convención americana sobre derechos humanos*, preámbulo).

B. Derechos sociales y derechos civiles

Los derechos sociales, como ya hemos apuntado, constituyen medios necesarios para una posibilidad efectiva de ejercicio de los derechos civiles, que en su momento hemos globalizado como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que se ordenan a garantizar el principio liberal de la autonomía individual tanto en su dimensión de la elección del propio plan de vida como en la de la realización del mismo ⁸⁵⁴.

No resulta posible, en efecto, que, a falta de una adecuada satisfacción de las necesidades básicas relacionadas con la alimentación, el vestido, la vivienda, la educación o la salud física y mental, las personas puedan ejercer de forma verdaderamente independiente e ilustrada el derecho a adoptar y llevar a cabo en el mayor grado posible su propio proyecto de felicidad ⁸⁵⁵, derecho que constituye, como sabemos, uno de los significados de la dignidad, el formulado por Kant como la libertad de los miembros de la sociedad en tanto que hombres. El propio Berlin, uno de los más eminentes representantes del pensamiento liberal durante el siglo XX, era plenamente consciente de la vacuidad de los derechos civiles bajo tales condiciones: “Bien puede ser que las formas más refinadas de libertad individual no incidieran en la conciencia de las masas humanas, simplemente porque éstas vivían con estrecheces y oprimidas. Apenas puede esperarse que los hombres que viven en unas condiciones en que no tienen suficiente comida, calor, refugio y un mínimo de seguridad, se preocupen de la libertad de contratación o de la libertad de prensa” ⁸⁵⁶.

⁸⁵⁴ El filósofo del derecho Carlos Nino distinguió dos dimensiones del principio de autonomía individual. “En la dimensión de la elección el principio exige que el individuo esté en condiciones de elegir entre el mayor número posible de planes de vida. En la dimensión de la satisfacción se trata de que el individuo pueda realizar su plan de vida elegido lo más ampliamente posible” (Alexy 2003a, 192).

⁸⁵⁵ Claramente se trata de “necesidades cuya satisfacción permite mantener la capacidad de elección ilustrada que se deduce de una condición humana en niveles normales y generalizados de acuerdo con el modelo de ser humano que se deriva de los actuales estudios científicos” (Peces-Barba Martínez, G. *Curso de derechos fundamentales...*, citado por Barranco 2000, 376). Así encontramos, por ejemplo, que “el derecho a la educación goza de naturaleza fundamental por su íntima relación con la dignidad humana en su dimensión de autonomía individual como quiera que su ejercicio comporta la elección de un proyecto de vida, a la vez que permite materializar otros valores, principios y derechos inherentes al ser humano” (Corte Constitucional de Colombia 2007, III.3).

⁸⁵⁶ Berlin 1988, 49.

Más aún, las situaciones de penuria económica representan una verdadera amenaza para el propio Estado de derecho, pues la pobreza económica suele verse seguida de lo que podría llamarse la pobreza legal, que, a su vez, consolida y profundiza la primera. De hecho, el *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo* ha podido identificar en América Latina la existencia de un “sistema legal truncado” en razón de que el ordenamiento jurídico “suele ser aplicado con sesgos discriminatorios contra varias minorías y también mayorías, tales como las mujeres, ciertas etnias y los pobres. Este sistema legal truncado genera lo que se ha llamado una ciudadanía de baja intensidad”⁸⁵⁷. De ahí, como observa Held, que el imperio de la ley correctamente entendido implique una preocupación central por la supresión de la marginación social y la pobreza⁸⁵⁸.

La realización del propio plan de vida, por su parte, también se encuentra directamente afectada por el grado de satisfacción de las necesidades básicas, pues, como fehacientemente ha sostenido Sen en su teoría del desarrollo,

las oportunidades sociales, políticas y económicas a las que tenemos acceso limitan y restringen inevitablemente la libertad de agencia que poseemos individualmente. Existe una estrecha complementariedad entre la agencia individual y las instituciones sociales. Es importante reconocer al mismo tiempo el lugar fundamental que ocupa la libertad individual y la influencia de los factores sociales en el grado y alcance de esta libertad. Para resolver los problemas a los que nos enfrentamos, hemos de concebir la libertad individual como un compromiso social (...)

Aunque la prosperidad económica ayuda a los individuos a tener más opciones y a llevar una vida más satisfactoria, también contribuyen a ello la mejora de la educación, de la sanidad, de

⁸⁵⁷ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo 2004, 63. “A estos sectores se les niegan de hecho derechos civiles no menos básicos: no disfrutan de protección contra la violencia policial y varias formas de violencia privada; no logran acceso igualitario y respetuoso a las burocracias del Estado, incluso los juzgados; sus domicilios son allanados arbitrariamente, y, en general, están forzados a vivir una vida no sólo de pobreza sino también de recurrente humillación y miedo a la violencia. Estos sectores no son sólo materialmente pobres, sino también legalmente pobres” (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo 2004, 63).

⁸⁵⁸ Cf. Held 1991, 352-353.

*la atención médica y otros factores que influyen causalmente en las libertades efectivas de que disfrutaban los individuos.*⁸⁵⁹

C. Derechos sociales y derechos políticos

También las posibilidades de ejercicio de los derechos políticos, no menos que las de los civiles, se encuentran muy directamente e inmediatamente condicionadas por el grado de satisfacción o insatisfacción de las necesidades que son el objeto de atención de los derechos sociales.

Eso es así incluso en el caso de un sistema político puramente representativo, pues, tal y como las investigaciones empíricas sobre comportamiento electoral suelen reflejar, existe una correlación positiva entre el estatus socio-económico (riqueza, educación, integración laboral, etcétera), el grado de satisfacción hacia las instituciones políticas y la participación electoral, lo cual, como hace notar Giner, introduce en el sistema electoral un sesgo de signo conservador⁸⁶⁰. Dahl no ha dejado de señalar que el capitalismo contemporáneo tiende a “producir desigualdades tan grandes, respecto a los recursos sociales y económicos, como para causar severas violaciones de la igualdad política y por lo tanto del proceso democrático”⁸⁶¹.

Resulta evidente, por lo demás, que la importancia de los derechos sociales en orden a una posibilidad efectiva de ejercicio de los políticos se ve reforzada si nos situamos en el horizonte de la democracia participativa, exigida por el principio de subjetividad política, o, al menos, en el

⁸⁵⁹ Sen 2000, 16 y 353 respect; cf. p. 19. En tal teoría el desarrollo es concebido “como un proceso integrado de expansión de libertades fundamentales relacionadas entre sí” y la pobreza, por su parte, “como la privación de capacidades básicas y no sólo como un renta baja” (Sen 2000, 25 y 37 respect.).

⁸⁶⁰ Cf. Pasquino 1988, 186-187; Giner 1996, 54 y 61. No obstante, la tendencia al mayor abstencionismo electoral de los pobres parece estar revirtiéndose en algunos lugares. “Se ha observado que la participación electoral de los pobres puede repercutir favorablemente en sus ingresos y no retrasa el desarrollo económico” (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 2007, n° 14).

⁸⁶¹ “La propiedad y el control contribuyen a crear grandes diferencias entre los ciudadanos respecto a la riqueza, la renta, el estatus, las capacidades, la información, el control sobre la información y la propaganda, el acceso a los líderes políticos, y, por término medio, las oportunidades de vida predecibles... Con todas las debidas reservas, diferencias de este tipo ayudan a su vez a generar importantes desigualdades entre los ciudadanos respecto a sus capacidades y oportunidades para participar como iguales políticos en el gobierno del estado” (Dahl, Robert. *A preface to Economic Democracy*, citado por Held 1991, 243).

marco de fórmulas como la democracia asociativa de Dworkin ⁸⁶² o la política deliberativa de Habermas, es decir, en concepciones de la democracia que incluyen la existencia de procesos dialógicos con amplia participación ciudadana, pues, como bien observa Cortina, las reglas del discurso comportan como condición de posibilidad, entre otras, que los participantes asuman el compromiso de “fomentar positivamente su progreso material y cultural, de modo que puedan llegar realmente al nivel de interlocutores válidos” ⁸⁶³.

Digamos, en definitiva, que también el ideal de una libertad positiva efectivamente igual exige una amplia puesta en práctica de los derechos sociales o, como escribe Habermas, que “una política de compensación de la desigual distribución de los bienes disponibles en una sociedad puede justificarse... como una «política de cualificación del ciudadano» (U. Preuss)” ⁸⁶⁴. “Cualquier otra cosa impediría la realización del principio de autonomía y el gobierno de la democracia” ⁸⁶⁵.

4.6.4. Dignidad mediante el Estado

De lo anteriormente dicho se sigue que los derechos sociales desempeñan un imprescindible papel instrumental por relación a los civiles y a los políticos, encontrándose así mediatamente

⁸⁶² “La democracia asociativa resulta menoscabada cuando ciertos grupos de ciudadanos no tienen ninguna (o tienen sólo una profundamente disminuida) oportunidad de luchar a favor de sus convicciones, porque carecen de los fondos necesarios para competir con donantes ricos y poderosos”. “La igualdad de los ciudadanos resulta destruida cuando sólo los ricos participan en la competencia y nadie puede confundir nuestra política de vendedores ambulantes con una verdadera deliberación democrática (...) El autogobierno significa algo más que una mera igualdad en el sufragio y unas elecciones frecuentes. Significa una asociación de iguales que razonan juntos acerca del bien común. Nunca alcanzaremos ese ideal en forma absoluta –ninguna nación podría-. Sin embargo, cuando la política se encuentra saturada de dinero, como lo está ahora la nuestra, entonces nos arriesgamos no simplemente a la imperfección, sino también a la hipocresía” (Dworkin 2003, 395 y 417 respect.).

⁸⁶³ Cortina 2007b, 271. “Los sistemas de educación, sanidad, etc., que tiene la sociedad y que influyen en la libertad fundamental del individuo para vivir mejor... son importantes no sólo para la vida privada... sino también para participar más eficazmente en las actividades económicas y políticas (...) la imposibilidad de leer la prensa o de comunicarse por escrito con otros agentes que participan en actividades políticas puede impedir la participación política” (Sen 2000, 58-59).

⁸⁶⁴ Habermas 1998, 502.

⁸⁶⁵ Held 1991, 343.

referidos a la dignidad ⁸⁶⁶. No obstante, ello no significa, a nuestro juicio, que se agoten en una tal función, según parece sugerir Habermas al atribuir a los primeros un estatuto de “sólo relativamente fundados”, mientras que estos últimos lo estarían de un modo absoluto ⁸⁶⁷. “¿Por qué van a ser menos importantes las necesidades económicas vitales, que pueden ser cuestiones de vida o muerte, que las libertades personales?”, se pregunta retóricamente Sen ⁸⁶⁸.

También los derechos sociales, ciertamente, tienen una importancia inmediata “para llevar a cabo una existencia conforme a la dignidad humana” ⁸⁶⁹. Según la jurisprudencia constitucional colombiana,

el hombre es un fin en si mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como «vida plena». La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que, al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho (CP art. 1°). ⁸⁷⁰

⁸⁶⁶ “El respeto por la dignidad humana supone un reparto igualitario (sea formal o material) de las condiciones de ejercicio de la libertad” (Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-958/01*. Citada por (Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 24).

⁸⁶⁷ Cf. Habermas 1998, 189.

⁸⁶⁸ Sen 2000, 87.

⁸⁶⁹ “Cualquiera que se encuentre en situación de desamparo y no esté en condiciones de subvenir a su propio mantenimiento tiene el derecho de ser ayudado y asistido y de recibir los medios indispensables para llevar una existencia conforme a la dignidad humana” (*Constitución federal de la Confederación Suíza*, art. 12). “Ciertamente, la asistencia social a los necesitados de ayuda es uno de los deberes obvios del Estado social (...) En todo caso, la comunidad estatal tiene que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia humana digna” (Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *BVerfGE*, 40, 121 (133), citado por Alexy 1993, 422).

⁸⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-499/92*. Citada por Corte Constitucional de Colombia 2006a, IV.1. El respeto de la dignidad humana “guarda una especial conexidad” con “el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad personal, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la propia imagen o el derecho al mínimo vital, entre otros” (Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 28).

Tampoco a la doctrina ha pasado desapercibida la inmediatez de los derechos sociales por relación a la dignidad. Jorge Prats, por ejemplo, señala que “el principio de la dignidad humana, en conjunción con el principio del Estado Social, obligan al Estado a garantizar a las personas un *minimum vital*, unos recursos básicos indispensables para una existencia digna”⁸⁷¹. Prieto Sanchís aboga por una concepción de la dignidad “en términos histórico-concretos”, lo que significa tomar los derechos sociales “en serio”, o sea, de tal modo que éstos aparezcan no como objetivos sociales, sino “como una exigencia de los valores que están en la base del sistema de derechos fundamentales; es decir, como una exigencia de la dignidad, la libertad o la igualdad de los individuos”⁸⁷².

Ya sabemos que la Constitución irlandesa de 1937 fue pionera en darse como fin la garantía de la dignidad humana, pero es muy significativo que en la de Weimar (1919), uno de los precedentes centrales del constitucionalismo social, las referencias a la dignidad se encontraran precisamente en los artículos 151 y 162, respectivamente dedicados a la ordenación de la vida económica bajo un principio de justicia y a la garantía de un nivel mínimo de derechos sociales para todos los trabajadores⁸⁷³.

Podemos así decir que, del mismo modo que los derechos civiles y los derechos democráticos pueden ser pensados como cristalizaciones de la dignidad humana *frente al Estado y en el Estado*, respectivamente, cabe conceptualizar los derechos sociales como *ethos* objetivo de la dignidad *mediante el Estado*. La vida humana, en efecto, tiene una dimensión política que le es inherente y, sin necesidad alguna de reducir la vida personal a la vida ciudadana, ya hemos dicho con Aristóteles y con la tradición republicana que los vínculos políticos, también aquellos que nos dotan de los medios necesarios para la vida material, resultan imprescindibles a la persona humana.

⁸⁷¹ Jorge 2005, I, 578.

⁸⁷² Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, citado por Barranco 2000, 365.

⁸⁷³ Cf. Gutiérrez 2005, 44.

4.6.5. ¿Derechos sobre el papel?

Para tratar acerca de la autenticidad de los derechos sociales es necesario, en primer lugar, distinguirlos debidamente de los prestacionales al objeto de salir al paso de una errónea distinción sobre la que suele apoyarse la doctrina que entiende que aquéllos no constituyen derechos subjetivos en sentido propio, sino que las normas que los establecen tendrían un carácter programático, es decir, que serían medios de definición de objetivos gubernamentales.

A. Derechos y prestaciones

Los derechos civiles, según esa doctrina ampliamente difundida ⁸⁷⁴, asignarían al Estado obligaciones negativas o de abstención directa e inmediatamente acatables, mientras que los derechos sociales le obligarían positivamente, es decir, exigirían la oferta de determinadas prestaciones, que, por implicar erogación de fondos, no serían susceptibles de aplicación directa e inmediata, sino que quedarían condicionadas por las disponibilidades presupuestarias, y escaparían a las posibilidades del control judicial ⁸⁷⁵. Ahora bien, una tal distinción

es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación –destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos–, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. Baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el Estado a la protección del derecho de propiedad: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros

⁸⁷⁴ Ferrajoli, por ejemplo, entiende que “los derechos de libertad” establecen “deberes negativos” que limitan las intervenciones del Estado, mientras que “los derechos sociales” le imponen “obligaciones positivas” o prestaciones. (cf. Ferrajoli 2004a, 22, 24 y 37).

⁸⁷⁵ “La mayoría de la doctrina iuspublicista ha identificado los derechos económicos, sociales y culturales por su peculiaridad de obligar al Estado a conferir prestaciones en favor de grupos y personas. Esta concepción haría coincidir integralmente estos derechos con los denominados derechos prestacionales” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-427/92. Citada por Corte Constitucional de Colombia 2006a, IV.2).

registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera.

*En sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos –salud, vivienda, educación, seguridad social– el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten.*⁸⁷⁶

Hemos, pues, de concluir que, de una u otra forma y en una u otra medida, todos los derechos son prestacionales o, lo que es igual, que la prestación no permite definir una categoría de derechos, sino un aspecto de todos ellos⁸⁷⁷.

B. Derechos sociales y garantías jurisdiccionales

Es una realidad que, así como “en lo relativo a los derechos civiles y políticos generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario”⁸⁷⁸. En tal hecho toma pie la doctrina opuesta al reconocimiento del carácter jurídico de los derechos sociales, alegando que, puesto que carecen

⁸⁷⁶ Abramovich y Courtis 2009, 1-2. “No todos los derechos sociales pueden ser identificados como derechos prestacionales. Un ejemplo tradicional son los derechos de sindicación y huelga que forman parte del listado de los derechos sociales, pero que no requieren de una prestación del Estado. Por el contrario, se trata de derechos que exigen una no interferencia del Estado. Se encuentran más cercanos a los derechos de autonomía o de personalidad. La particularidad de la libertad sindical y de la huelga dentro de los derechos sociales puede explicarse porque representan en el ámbito laboral la materialización de la libertad de asociación” (Canessa 2009).

⁸⁷⁷ “Los derechos prestacionales de rango constitucional tienen una estrecha relación con los derechos sociales, económicos y culturales del capítulo 2, título II de la Constitución, pero no se identifican con ellos. También los derechos de libertad –derechos civiles y políticos fundamentales– pueden contener un elemento prestacional. En términos generales, el carácter prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y, en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar derivada del mismo texto constitucional” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-427/92. Citada por Corte Constitucional de Colombia 2006a, IV.2). Cf. Alexy 1993, 427-431; Krennerich y Góngora 2009, 4.

⁸⁷⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas 1997, n° 10. “La enunciación constitucional de derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración... de técnicas de defensa y de justiciabilidad parangonables a las aportadas por las garantías liberales o negativas para la tutela de los derechos de libertad” (Ferrajoli 2004a, 64-65).

de esas necesarias garantías jurisdiccionales, en realidad no constituyen derechos subjetivos en sentido propio ⁸⁷⁹.

Guastini, en cambio, desearía ver plenamente satisfechos los derechos sociales, pero asimismo considera que en la actualidad no pasan de ser “derechos sobre el papel”, puesto que las disposiciones constitucionales relativas a los mismos no expresan, según él, “ningún «verdadero» derecho”, sino únicamente normas teleológicas dirigidas al legislador, cuya omisión “carece de cualquier clase de sanción” en razón de que “ningún juez constitucional puede anular la inexistencia de una ley (es decir, una ley inexistente)” ⁸⁸⁰. En un sentido semejante se expresan Abramovich y Courtis, quienes, a pesar de ser igualmente favorables a la efectividad de los derechos sociales, afirman que el reconocimiento de éstos “como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho” ⁸⁸¹.

La perspectiva adoptada por Ferrajoli es diferente. Sostiene que, como consecuencia de su materialización, el derecho constitucional contemporáneo tiene una estructura nomodinámica, lo que significa, entre otras cosas, que se encuentra inevitablemente abocado a determinadas ineficacias, generadas tanto por antinomias como por lagunas. Pues bien, la ineficacia de los derechos sociales se debería, según él, a la laguna consistente en la falta de las garantías necesarias a los mismos, sin que ello implique en absoluto la inexistencia de tales derechos, pues “el principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes” obliga a “admitir que los derechos y las normas que los expresan existen tanto en cuanto son positivamente producidos por el legislador” ⁸⁸².

⁸⁷⁹ Según el iuspositivismo, un derecho subjetivo en sentido técnico consiste en un poder jurídico otorgado para llevar a cabo una demanda judicial por incumplimiento de una obligación por parte de otro (cf. Kelsen 1979, 146-150).

⁸⁸⁰ Guastini 2001, 223-224.

⁸⁸¹ Abramovich y Courtis 2009, 2.

⁸⁸² Ferrajoli 2004a, 63; sobre las antinomias y las lagunas cf. 24.

Ciertamente, en razón del iuspositivismo metodológico ha de decirse, en nuestra opinión, que la formulación de los derechos sociales en normas constitucionales les dota de la calidad jurídica de los derechos subjetivos, por más que el propio ordenamiento incurra en la incoherencia de privarles de las garantías imprescindibles para su completa eficacia. Entendemos, además, que es igualmente importante percatarse de que la legitimidad que otorga a tales derechos el ser resultado de la positivización de los derechos humanos –en este caso los de tipo social–, que expresan la antroponomía de la dignidad y que son el contenido de la ética cívica, hace de ellos derechos genuinos; o, en otros términos, que, habiendo satisfecho la pretensión de legitimidad que es inherente al derecho, los derechos sociales constitucionalmente establecidos no sólo son derechos subjetivos, sino que tienen el carácter del derecho genuino.

Por lo tanto, parece perfectamente juicioso afirmar, como hace Ferrajoli, que la inexistencia de garantías jurisdiccionales para los derechos sociales “sólo quiere decir que existe una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuanto fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos”⁸⁸³.

Según el criterio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la falta de justiciabilidad que generalmente caracteriza a los derechos sociales no puede de ningún modo ser atribuida a la naturaleza de los mismos, pero tampoco guarda ninguna relación con las disposiciones del correspondiente Pacto⁸⁸⁴. Muy al contrario, apoyándose en el artículo 2.1 de este instrumento⁸⁸⁵, así como en la *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados* y en la *Declaración universal de derechos humanos*, el Comité establece –resumen

⁸⁸³ Ferrajoli 2004a, p. 64.

⁸⁸⁴ Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas 1997, nº 10.

⁸⁸⁵ “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (*Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 2.1).

Abramovich y Courtis– “la fuerte presunción de que la falta de recursos judiciales adecuados, que permitan hacer justiciables estos derechos, constituye una violación autónoma del Pacto”⁸⁸⁶.

Ferrajoli añade que los obstáculos que impiden el establecimiento de recursos judiciales contra las violaciones de los derechos sociales no son tampoco de tipo técnico, sino de tipo político-económico⁸⁸⁷, lo que nos remite a la cuestión de la Constitución económica, que ulteriormente habremos de tratar.

Con todo, Abramovich y Courtis hacen notar que en los casos en que la violación de un derecho social venga producida por el incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado resultan viables “muchas de las acciones judiciales tradicionales, llámense acciones de inconstitucionalidad, de impugnación o nulidad de actos reglamentarios de alcance general o particular, declarativas de certeza, de amparo o incluso de reclamo de daños y perjuicios”⁸⁸⁸. Esos mismos autores reconocen que la solución judicial de la violación de un derecho social provocada por el incumplimiento estatal de obligaciones positivas se enfrenta con serias

⁸⁸⁶ Abramovich y Courtis 2009, 6. “Las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: el primero, reflejado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, es que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». En otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte. El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual «toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley». El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar «las posibilidades de recurso judicial». No obstante, los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son «medios apropiados» según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas 1997, nº 3).

⁸⁸⁷ Cf. Ferrajoli 2004a, 65.

⁸⁸⁸ Abramovich y Courtis 2009, 3.

objecciones relacionadas con la afectación de gasto público en un contexto de *litis*⁸⁸⁹, pero no por ello dejar de señalar que frecuentemente sucede que tal incumplimiento “puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica”⁸⁹⁰.

Jorge Prats se muestra de acuerdo en que las personas traten de hacer valer judicialmente los derechos sociales mediante los cuales se encuentra plasmado en la Constitución el principio jurídico fundamental objetivo que es el Estado social, al tiempo que señala que, “en principio, el Estado social no puede servir como fundamento autónomo e independiente de pretensiones jurídicas”⁸⁹¹. Propugna, sin embargo, que, en situaciones de penuria atentatoria contra la dignidad, se encuentra justificado que los ciudadanos tengan una pretensión inmediata en relación con el Estado social⁸⁹², e igualmente que,

como ha establecido la jurisprudencia constitucional alemana, excepcionalmente, el principio es inmediatamente vinculante en ciertos casos [BVerfGE 1, 97 (104)]. Así, en caso de arbitraria inactividad del legislador, los individuos pueden incoar ante la Suprema Corte de Justicia una acción directa en inconstitucionalidad por omisión con el fin de obtener una

⁸⁸⁹ “Cabe otorgar razón a algunas de las habituales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas dado que otras personas afectadas por el mismo incumplimiento no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, etcétera” (Abramovich y Courtis 2009, 4).

⁸⁹⁰ Abramovich y Courtis 2009, 5.

⁸⁹¹ Jorge 2005, I, 683. “El principio del Estado social es un principio jurídico fundamental objetivo y no una norma de prestación subjetiva. Dicho principio se encuentra plasmado en diversos derechos sociales, económicos y culturales consagrados por la Constitución (...) El Estado Social es tarea del legislador y no de los tribunales y no podría pedirse a los tribunales que tomasen acciones que pertenecen a la esfera del legislador sin que se vulnerase seriamente el principio de división de poderes base del Estado de Derecho” (Jorge 2005, I, 683).

⁸⁹² Cf. Jorge 2005, I, 683. “En caso de particulares situaciones de necesidad, se justifica una inmediata pretensión de los individuos a que se defiendan sus condiciones mínimas de existencia inherentes al respeto de la dignidad de la persona humana, lo que puede dar lugar a un recurso de amparo ante los tribunales competentes” Jorge 2005, I, 683).

*recomendación a favor de la concretización legislativa de las imposiciones constitucionales de legislar contenidas en el principio del Estado Social.*⁸⁹³

Debe, pues, concluirse que, muy a pesar de la amplia inexistencia de garantías jurisdiccionales equiparables a las establecidas de cara a la vigencia de los otros dos tipos de derechos, la falta de justiciabilidad de que adolecen los sociales se encuentra lejos de resultar completa.

Por lo demás, en la determinación de la eficacia final de las posibilidades actualmente existentes probablemente habrá de resultar muy relevante la cultura jurídica y política difundida en la judicatura.

Lo seguro es que “la pobreza implica impotencia, mudez, vergüenza, humillación, exclusión, invisibilidad y discriminación”, en definitiva, vulneración de la dignidad, y que, por lo tanto, en un planteamiento coherentemente neoconstitucional, habría que adoptar el riguroso criterio consistente en presumir “la inconstitucionalidad de las restricciones a los derechos de los pobres, por constituir éstos un grupo víctima del desequilibrio en la distribución del poder político, social y económico”⁸⁹⁴.

4.6.6. Una efectividad progresiva

El más elemental de los realismos impide ignorar que la adecuada satisfacción de los derechos sociales exige un volumen de gasto público que queda al margen –y, ocasiones, completamente fuera del alcance– de las posibilidades financieras inmediatas de los gobiernos de muchos países⁸⁹⁵. De ahí que en las normas internacionales relativas a los derechos sociales y en algunos

⁸⁹³ Jorge 2005, 683. “Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución” (Alexy 1993, 496-497).

⁸⁹⁴ Jorge 2005, II, 267.

⁸⁹⁵ Sen, con todo, sugiere que el problema no debe ser magnificado: “¿Dónde (como dice la famosa pregunta retórica) van a encontrar los países pobres los medios necesarios para «financiar» estos servicios? Es en realidad una buena pregunta, pero también tiene una buena respuesta, que se halla fundamentalmente en el análisis económico de los costes relativos. La viabilidad de este proceso impulsado por la política social depende de que los servicios sociales relevantes (como la asistencia sanitaria y la educación básica) son muy *intensivos en trabajo* y, por lo tanto, relativamente baratos en las economías pobres y de bajos salarios” (Sen 2000, 68).

textos constitucionales se acostumbre a tomar en consideración la disponibilidad de recursos y a incluir una cláusula de progresividad de la efectividad de tales derechos. Así, por ejemplo, el artículo 2.1. del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* compromete a cada uno de los Estados partes a adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Igualmente, el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos económicos, sociales y culturales* determina en su artículo 1:

*Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.*⁸⁹⁶

En esa misma óptica, el artículo 8.17 de la *Constitución de la República Dominicana* prevé que “el Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez”.

Sabido es que las autoridades públicas, por su parte, acostumbran a buscar refugio en la limitada disponibilidad de los recursos y en la referida progresividad de la vigencia de los derechos sociales para justificar la endeblez que suelen padecer las políticas de promoción de los mismos.

Tal actitud resulta de todo punto rechazable en razón del carácter prioritario que a tales políticas debe atribuirse como consecuencia de la inmediata incidencia que los derechos sociales tienen

⁸⁹⁶ “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”(Convención americana sobre derechos humanos, 26). “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (*Declaración universal de derechos humanos*, 22).

sobre las condiciones de vida requeridas por la dignidad humana. Por eso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha dejado constancia de que,

*al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, 'prima facie' no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.*⁸⁹⁷

El respeto de la dignidad humana sobre la que se pretende fundado exige de forma categórica que el Estado constitucional democrático y social tome absolutamente en serio la progresividad de los derechos sociales, así como que sus autoridades legislativas y ejecutivas asuman la obligación de demostrar convincentemente y con periodicidad tanto que están utilizando el máximo de los recursos realmente disponibles como que sus decisiones relativas a la efectividad de tales derechos se inscriben en un proceso de avance gradual racionalmente diseñado⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas 1990, n° 10. El artículo 45.h de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* compromete a sus miembros al “desarrollo de una política eficiente de seguridad social”.

⁸⁹⁸ “Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes (...) la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos (...) el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-595/02. Citada por Corte Constitucional de Colombia 2006a, IV.2).

4.6.7. La Constitución económica

A. Redistribución y fiscalidad progresiva

Hablar de políticas públicas ordenadas a la satisfacción de los derechos sociales implica aceptar que una de las funciones económicas que competen al Estado constitucional democrático y social consiste en la redistribución de la riqueza socialmente producida. Dada la verificadísima tendencia de los mercados a producir graves desigualdades entre los ciudadanos ⁸⁹⁹, la satisfacción de las necesidades básicas de aquellos que son económicamente autoinsuficientes requiere del concurso de los económicamente autosuficientes. De ahí que la Corte Constitucional de Colombia haya estado en condiciones de explicitar que sobre el Estado recae la obligación de asumir “un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana” ⁹⁰⁰.

Una tal redistribución, como muy oportuna y acertadamente señala Dworkin, pasa a través de las políticas de gasto público, pero también de las impositivas: “la tributación redistributiva es esencial para tratar a los ciudadanos con igualdad de consideración”, concretamente la de tipo progresivo, pues “los sistemas impositivos basados en un tipo único constituirían una afrenta a nuestro ideal de igualdad *ex ante*” o de oportunidades ⁹⁰¹. No obedece a ninguna casualidad, muy

⁸⁹⁹ En el punto de partida se encuentra la comprobación de “las persistentes privaciones de algunos segmentos de la comunidad que continúan estando excluidos de los beneficios de la sociedad de mercado”. “...existen muchas pruebas que inducen a pensar que el uso ilimitado de la propiedad privada – sin restricciones e impuestos– puede contribuir a consolidar la pobreza y a dificultar la existencia de ayuda social para los que se quedan rezagados por razones que escapan a su control (entre las cuales se encuentran la incapacidad, la edad, la enfermedad y las desgracias económicas y sociales)” (Sen 2000, 24 y 84 respect.). “Es obvio que el mercado produce grandes desigualdades” (Dworkin 2008, 139).

⁹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1430 de 2000, citado por Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 21.

⁹⁰¹ Dworkin 2008, 47 y 151 respect.; cf. p. 140. “Por consiguiente, debemos empezar a construir la teoría impositiva asumiendo que una comunidad trata a los ciudadanos con igualdad de consideración cuando su sistema económico les permite una genuina igualdad de oportunidades para diseñar una vida acorde con sus propios valores. Digamos que disponen de iguales oportunidades cuando su riqueza y demás recursos dependen del valor y coste de las decisiones que toman, pero no de su suerte, incluida su suerte genética relativa a progenitores y talentos” (Dworkin 2008, 140).

probablemente, el hecho de que los primeros pasos del Estado social vinieran acompañados de una fiscalidad incipientemente progresiva⁹⁰².

Ciertamente, el sistema impositivo que viene exigido por el compromiso estatal con la satisfacción de los derechos sociales comporta alguna “restricción de las libertades fundamentales clásicas”, concretamente del derecho de propiedad privada. Ahora bien, ni tales restricciones resultan discriminatorias⁹⁰³ ni pueden ser entendidas como limitaciones normativas del principio de la igual libertad efectiva, sino que representan, muy al contrario, “la eliminación de aquellos privilegios que son incompatibles con la igual distribución de libertades subjetivas, exigidas por ese principio”⁹⁰⁴.

En medios neoliberales se ha objetado que, al menos a partir de un cierto umbral impositivo, los impuestos progresivos resultan perjudiciales para el crecimiento económico –y, a término, contraproducentes para la propia redistribución– a causa de que desincentivan la voluntad de trabajar, de ahorrar y de invertir de los agentes económicos más productivos. No obstante, la ciencia económica muestra que no existe un dilema entre la política social redistributiva y la eficacia económica o, al menos, que la relación entre ambas no sólo no es siempre negativa, sino que en ocasiones se muestra fuertemente positiva, como ocurre claramente en el caso de las relativas a la salud y a la educación.

⁹⁰² “Sólo a finales del siglo pasado [el XIX] irrumpe el Estado Providencia. Hay unos primeros esbozos de Seguridad Social, unos impuestos incipientemente progresivos y algunas nuevas funciones sociales públicas. El sufragio se hace universal. Alemania es, seguramente, el primer laboratorio de esa nueva realidad (...) Así nacen los seguros de enfermedad y accidentes laborales y el de jubilación a finales de siglo. Así se empieza a formar una educación primaria de carácter público (López 1993, 89-90).

⁹⁰³ Lo que sí resultaría discriminatorio sería ignorar la incidencia negativa de las desigualdades fácticas sobre la igual libertad jurídicamente reconocida. “Repugnan al mandato de igual trato jurídico aquellas desigualdades fácticas que discriminan a determinadas personas o grupos al mermarles de hecho las oportunidades de hacer uso de libertades subjetivas de acción, que jurídicamente están distribuidas de forma igual. En cuanto que las compensaciones y prestaciones del Estado social son las que empiezan estableciendo la igualdad de oportunidades para poder hacer un uso de las facultades de acción jurídicamente garantizadas, que queda considerar igual, tal compensación de circunstancias vitales y posiciones de poder tácticamente desiguales sirve a la realización de la igualdad jurídica. Por este lado, la dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica se convierte en un motor de la evolución jurídica, contra el que normativamente no cabe formular reserva alguna” (Habermas 1998, 499; cf. 501).

⁹⁰⁴ Habermas 1998, 483.

*Estas libertades fundamentales (es decir, la libertad de participación política o la oportunidad de recibir una educación o una asistencia sanitaria básicas) se encuentran entre los componentes constitutivos del desarrollo. Su importancia para el desarrollo no tiene que mostrarse por medio de su contribución directa al crecimiento del PNB o al fomento de la industrialización. De hecho, resulta que esas libertades y derechos también contribuyen muy eficazmente al progreso económico.*⁹⁰⁵

El constitucionalismo social y el neoliberalismo son, a nuestro modo de ver, portadores de sendos principios distributivos completamente divergentes. El primero aspira a asegurar a todos los ciudadanos la satisfacción de sus necesidades básicas en razón de su ser personal y, por lo tanto, con independencia respecto de su contribución productiva. El segundo, en cambio, permanece en el marco de una justicia puramente conmutativa o, en otros términos, en una lógica del intercambio, según la cual cada persona tiene derecho a recibir aquella parte del producto social que equivale al aporte por ella realizado, sea mediante su trabajo o mediante la puesta a disposición del capital que posee. El neoliberalismo, en definitiva, constituye objetivamente la bandera ideológica de los sectores sociales adinerados.

B. Subsidiaridad y dignidad humana

Nada de lo dicho implica –ni deber ser interpretado como– una descalificación global de los mercados. No cabe ninguna duda de que comportan importantes “lagunas”⁹⁰⁶, es decir factores

⁹⁰⁵ Sen 2000, 21-22. “A medida que se analiza más exhaustivamente el rápido progreso económico de las economías del Este y del Sureste de Asia, cada vez resulta más claro que su apertura –y el hecho de que recurrieron más al comercio interior e internacional– no fue la única causa por la que la transición económica fue tan rápida en esas economías. Los cambios sociales positivos, como las reformas agrarias, la difusión de la educación y la alfabetización y la mejora de la asistencia sanitaria, también hicieron el trabajo de base” (Sen 2000, 311-312).

⁹⁰⁶ La teoría de las lagunas del mercado no permite anular enteramente la tesis liberal de la eficacia del mismo, pero sí obliga a limitar su ámbito de validez en los siguientes términos: el mercado es un instrumento económico eficaz para la satisfacción de la demanda solvente de bienes privados bajo condiciones bastante restrictivas, entre la que cabe destacar la competencia perfecta, es decir, la concurrencia de muchos productores y de muchos consumidores, la total transparencia informativa, la carencia de externalidades positivas y negativas, la ausencia de barreras de entrada y la inexistencia de producción conjunta.

de ineficacia –entre otros el relativo a los llamados bienes públicos o servicios colectivos⁹⁰⁷–, los cuales justifican y exigen algún tipo de intervención del Estado en los mismos. No es menos cierto, tal y como en la ciencia económica comúnmente se acepta, que el mercado representa un buen método de asignación de recursos dado que “existen abundantes pruebas empíricas de que el sistema de mercado puede ser un motor de rápido crecimiento económico y de mejora del nivel de vida”⁹⁰⁸.

Ahora bien, a un tal argumento consecuencialista o teleológico en favor del mercado cabe añadir otro de tipo deontológico, a saber, la crucial importancia que representa el que los agentes puedan operar en sus relaciones económicas de forma contractual, es decir, con la mayor libertad posible⁹⁰⁹. Una tal consideración resulta, por supuesto, altamente pertinente para nuestro tema en razón de que el reconocimiento de la libertad viene requerido por el respeto de la dignidad, pudiendo

⁹⁰⁷ La aplicación de la teoría de los juegos a la economía indica que sólo una actitud cooperativa permite solucionar eficientemente aquellas situaciones económicas que, por tener la estructura estudiada en el caso del dilema del prisionero, hacen que el efecto agregado de las racionalidades individuales postuladas en el modelo del *homo oeconomicus* consista en un estado inferior al óptimo tanto en el plano social como en el individual. Es el también llamado “dilema cooperativo de los grandes números”, en los que funciona “la lógica del polizón” (cf. Buchanan 1996, 86). Tal es el caso de los bienes públicos: “Incluso a la hora de lograr resultados eficientes, el mecanismo de mercado a veces dista de ser eficaz, sobre todo en presencia de lo que se denominan «bienes públicos»”, es decir, aquellos que “no son consumidos por separado sino *conjuntamente* por todos los individuos. Esta situación se da especialmente en campos como la conservación del medio ambiente, así como en el de la epidemiología y la asistencia sanitaria pública (...) La lógica del mecanismo del mercado se aplica a los bienes privados..., no a los bienes públicos (...) También hay casos que son en gran medida mixtos. Por ejemplo, dado que la educación básica beneficiaría a toda la comunidad y estos beneficios pueden ir más allá de los que obtiene la persona educada, la educación básica también puede tener un componente de bien público” (Sen 2000, 161-162).

⁹⁰⁸ Sen 2000, p. 44.

⁹⁰⁹ “El principio de la responsabilidad personal exige una organización económica basada en gran medida en el libre mercado, donde sean las personas, y no sus gobiernos, las que determinen a su antojo los principales elementos estructurales de la cultura económica en la que viven, incluyendo los precios de los diferentes tipos de bienes que deciden comprar y el salario del trabajo que escogen ofrecer (...) Sólo un mercado económico de amplia extensión respeta ese imperativo de la responsabilidad personal” (Dworkin 2008, 139). “El argumento más inmediato a favor de la libertad para realizar transacciones de mercado reside en la importancia básica de la propia libertad” (Sen 2000, 143; cf. 43).

llegar a afirmar con Häberle que “el mercado se ha convertido en un espacio social y cultural en el que la dignidad humana no sólo es postulada, sino también practicada”⁹¹⁰.

Pues bien, si tanto el Estado social como la libertad de mercado resultan ser exigencias de la dignidad, debe concluirse que, por estar fundado sobre ésta, el Estado constitucional democrático y social tiene como uno de sus principios inherentes el de subsidiaridad⁹¹¹, “en virtud del cual queda vedado al Estado hacer todo lo que los particulares puedan hacer con su propia iniciativa y debe restringirse la intervención estatal en la economía exclusivamente a aquellos campos en los que la iniciativa privada sea insuficiente o necesite ser completada”⁹¹². Ahora bien, uno de tales campos es, como ya hemos señalado, el de las necesidades básicas de aquellos ciudadanos que no logran obtener los medios para su subsistencia a través del conjunto de transacciones contractuales que denominamos el mercado.

Importa mucho aclarar, por lo demás, que el principio de subsidiaridad no establece sólo el final de la autorización de que goza el Estado, sino también el comienzo de la obligación que sobre él recae⁹¹³. Tal principio, dicho de otro modo, impone a las autoridades públicas tanto un deber negativo como otro de tipo positivo: en virtud del primero, deben inhibirse de intervenir cuando el mercado es suficiente; en virtud del segundo, tienen la obligación de actuar cuando no lo es.

⁹¹⁰ Häberle 2006a. “La libertad política... y la libertad económica son –como expresión de la dignidad humana– inseparables, y pertenecen indisolublemente a la economía social de mercado y a la democracia liberal del Estado constitucional” (Häberle 2006a).

⁹¹¹ “Consagrar la dignidad de cada persona humana y sacar de esta declaración un cierto número de consideraciones en términos de derechos, ¿acaso no es admitir que cada persona está en condiciones de asumir sus propias responsabilidades? ¿Acaso no es advertir a los poderes legítimos que no han de intervenir sino de manera subsidiaria, es decir, donde la persona y las comunidades de la sociedad civil no pueden hacer frente ellas solas a sus obligaciones?” (Nordmann 2008, 88).

⁹¹² Jorge 2005, II, 667. De ahí que “el Estado Social no debe confundirse con una Administración de servicios y una previsión absolutas, pues de ese modo no se dejaría margen para la iniciativa individual y para la libre actividad de las fuerzas sociales (...) No debe confundirse el Estado social con la monopolización de la acción social por el Estado” (Jorge 2005, I, 682-683).

⁹¹³ La cláusula del Estado social “es un principio rector vinculante para los poderes públicos, en la medida en que prescribe fines del Estado que rigen la acción de dichos poderes (...) contiene una imposición obligatoria dirigida a los órganos de dirección políticas (Poderes Legislativo y Ejecutivo) en el sentido de desarrollar una actividad económica y social que conforme las estructuras socioeconómicas de modo que se logre «un orden de libertad individual y de justicia social»”, tal como prescribe el artículo 8 de la Constitución de la República Dominicana (Jorge 2005, I, 678).

De ahí que, dada la muy deficiente capacidad distributiva del mercado, el Estado esté no sólo facultado para desarrollar políticas sociales, sino también obligado a ellas. Por lo tanto,

*el principio de subsidiaridad... no puede ser invocado como cláusula-barrera para imponer la excepcionalidad de las intervenciones públicas. Este principio significaba que el Estado tenía una función meramente accesoria o complementaria en la conformación de la vida económica y social... Pero se trata de una idea del capitalismo liberal que no responde a la de un Estado socialmente vinculado, cuya finalidad principal es precisamente la protección efectiva de los derechos de la persona y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse dentro de un orden de libertad individual y de justicia social. De ahí que las intervenciones socialmente constitutivas del Estado no deben confundirse con la disciplina de la economía ni disolverse en la idea de la facultatividad de la acción del Estado conducente a actividades meramente supletorias en sectores de marcada carencia en el plano económico.*⁹¹⁴

C. Neoconstitucionalismo y economía social de mercado

Los derechos sociales debidos a los ciudadanos y la relación que guardan con la libertad económica que el mercado posibilita remiten, en última instancia, a la Constitución económica, es decir al conjunto de normas constitucionales “destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”, “marco que implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario”⁹¹⁵.

Cuanto venimos sosteniendo permite entender que vale para el fenómeno neoconstitucional, en general, lo afirmado por Jorge Prats acerca de la Constitución dominicana y por Albertí Rovira acerca de la española, a saber, que existen “dos sistemas económicos constitucionalmente prohibidos”⁹¹⁶:

Las normas constitucionales con proyección económica no sólo se construyen sobre la base de ciertos supuestos ideológicos que implican también determinadas opciones económicas de

⁹¹⁴ Jorge 2005, I, 682.

⁹¹⁵ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 1/1982. Citado por Albertí 2004, 125-126. “El derecho constitucional queda moldeado en la cuestión relativa a la economía. El «ethos» de los derechos humanos no se debería frenar ante la vida económica. La cultura económica del Estado constitucional requiere una ética mínima...” (Häberle 2006a).

⁹¹⁶ Jorge 2005, II, 666.

*principio, sino que además establecen exigencias y límites, que conllevan algunas opciones y excluyen otras. En especial, la garantía constitucional de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa, aun cuando tales derechos se encuentren en la actualidad fuertemente penetrados por el interés público..., significa excluir ciertas opciones y ciertos modelos económicos, basados en la planificación estatal vinculante y la coordinación centralizada de las decisiones económicas. Y, al mismo tiempo, la orientación constitucional de la acción de los poderes públicos hacia ciertos objetivos y finalidades de carácter económico y social excluye igualmente una actitud de abstención y desentendimiento del Estado respecto de la marcha de la economía, que abandone su gobierno a la mano invisible del mercado.*⁹¹⁷

Digamos, en positivo, que el modelo económico exigido por el respeto de la dignidad sobre la que se funda el Estado constitucional democrático y social es la economía social de mercado. De ahí que Häberle, para quien, como sabemos, “el Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural...”⁹¹⁸, igualmente sostenga que “la economía social de mercado se ha convertido en un principio constitucionalmente inmanente del tipo Estado constitucional”⁹¹⁹. En tal modelo quedan trabados el Estado social y la economía de mercado, pretendiendo evitar tanto la discriminación como el paternalismo⁹²⁰ o, lo que es igual, satisfacer las exigencias, siempre en tensión, de la igualdad y de la libertad.

⁹¹⁷ Albertí 2004, 127.

⁹¹⁸ Häberle 2003, 3.

⁹¹⁹ Häberle 2006a. “El logro del Estado constitucional radica precisamente ahí, en haber desarrollado en concordancia práctica, pieza a pieza, la economía de mercado y el Estado social de derecho. La sociedad abierta tiene su complemento en el mercado abierto y libre, así como en las correlativas funciones estatales” (Häberle 2006a). En la Constitución dominicana se encuentra establecido un tal sistema económico (cf. Jorge 2005, II, 666).

⁹²⁰ “Un programa jurídico resulta discriminatorio cuando es insensible a las secuelas restrictivas de la libertad que tienen las desigualdades fácticas, y paternalista cuando resulta insensible a las secuelas restrictivas de la libertad que tiene la propia compensación practicada por el Estado social” (Habermas 1998, 501). “La protección de los derechos de la persona sólo puede implementarse efectivamente si se mantienen los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente en un orden no sólo libre sino también social y económicamente justo. La libertad individual cuyo respeto exige el Estado de Derecho y la justicia social que debe garantizar todo Estado Social son pues los polos en tensión permanente y las referencias que debe tener el legislador y la Administración a la hora de elaborar y ejecutar las normas que permitan llevar a cabo la finalidad principal del Estado” (Jorge 2005, I, 571).

Es verdad que la economía social de mercado no viene dada de forma constitucionalmente explícita en la mayor parte de los casos, pero no por ello deja de ser el paradigma presente en el modelo neoconstitucional a través de la simultánea consagración de las libertades económicas y de los derechos sociales.

Tres precisiones parecen necesarias. Valga aclarar, por un lado, que hablamos de modelo no en un sentido normativo, sino estrictamente descriptivo, es decir, en tanto que construcción que busca integrar y dotar de unidad sistemática a un conjunto de normas constitucionales relativas a la economía, que, tomadas en su conjunto, vienen exigidas por el respeto a la dignidad humana. Sin embargo, puesto que cada ordenamiento jurídico –por más que pueda ser considerado de corte neoconstitucional y, por ende, emparentado con la economía social de mercado– establece sus propias normas, en ningún momento se nos oculta que son tales normas, y no ese paradigma teórico-económico, las que poseen un carácter jurídicamente vinculante ⁹²¹.

Asimismo hemos de especificar que la presentación de la economía social de mercado como el modelo exigido por el respeto de la dignidad no equivale en absoluto a postular de forma ideológicamente dogmática la necesidad de un particular conjunto de normas constitucionales. Resulta claro que existe un abanico de posibilidades susceptibles de cumplir de forma razonablemente cabal los imperativos de la igualdad y de la libertad, respectivamente expresados por el Estado social y la economía de mercado ⁹²². Por consiguiente, tomar en serio los derechos sociales no conduce de forma determinista a un único y cerrado conjunto de normas jurídicas y de políticas económicas, pero la puesta en práctica de tales derechos constituye, por cuanto venimos diciendo, uno de los criterios de máximo rango en orden a la evaluación de las mismas. “Para América Latina esto significa que las políticas neoliberales y las liberalizaciones

⁹²¹ En ese sentido ha observado Albertí Rovira sobre la Constitución económica española: “La Constitución no ha establecido un modelo económico... que se convierta por sí mismo en la medida de valoración de la constitucionalidad de la intervención pública en la economía (...) Lo decisivo, a efectos de valoración jurídico-constitucional no es el sistema económico, sino las normas jurídicas que desde la Constitución se proyectan sobre el campo de la economía. Propiamente, no hay una Constitución económica, sino un Derecho Constitucional económico” (Albertí 2004, 126-128).

⁹²² El Estado social “es un mandato constitucional jurídicamente vinculante que limita la discrecionalidad legislativa en cuanto al «qué», dejando un margen considerable de libertad de conformación política en cuanto al cómo de su concretización” (Jorge 2005, I, 687; cf. II, 666). Cf. López 1993, 81; Bassols 1992, 278.

comerciales de las pasadas dos décadas tienen que demostrar no sólo su utilidad macroeconómica, sino también sus efectos sociales a partir de una perspectiva de derechos humanos”⁹²³.

Señalamos, en tercer lugar, que las consecuencias económicas del Estado constitucional democrático y social no se reducen a la satisfacción de los derechos sociales, sino que “la articulación del principio democrático con el principio del Estado social” determina que “el Estado social debe propender... hacia la «democracia social». Esa democracia social implica el deber del Estado de propiciar una mayor participación de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones de los distintos centros de poder político, económico y social”⁹²⁴. Ser sujetos políticos debe también significar la facultad de toma de decisiones acerca de las normas jurídicas y de las políticas de carácter económico, que en tan gran medida contribuyen a configurar el marco vital de las personas.

4.6.8. De nuevo el trasfondo antropológico

A. La racionalidad individual o el *homo oeconomicus* del neoliberalismo

Es mérito del neoliberalismo haber permitido la identificación de algunos problemas en el desempeño que ha tenido el Estado social en ciertos países, tales como rigideces burocráticas y excesos providencialistas no sólo completamente innecesarios, además de negativos desde el punto de vista de las libertades clásicas, sino también contraproducentes en cuanto a las posibilidades de la propia redistribución en el futuro, es decir, de la igualdad a medio y largo plazo. En tales casos, el Estado providencia, como ha analizado Ray Guevara, “quedó asfixiado en su propio gigantismo y ya no puede ofrecer a sus ciudadanos la garantía de solidaridad que

⁹²³ Krennerich y Góngora 2009, 15.

⁹²⁴ Jorge 2005, I, 674. “El Estado social es un sistema democráticamente articulado en el que los individuos participan no solo pasivamente como beneficiarios de bienes y servicios sino también y principalmente de modo activo como participantes en la formulación de la voluntad general del Estado y en las políticas sociales y prestacionales del mismo. El Estado Social no puede entonces confundirse con el Estado asistencial, el Estado providencia, el Estado populista, el Estado de Bienestar que puede coexistir con regímenes autoritarios” (Jorge 2005, I, 674).

constituye precisamente su única justificación”⁹²⁵, de donde se sigue la necesidad de determinados ajustes en el diseño de las políticas sociales con vistas a una mayor eficacia y permanencia de las mismas.

No cabe ignorar, sin embargo, que la “guerra cultural”⁹²⁶ declarada implícitamente por los neoliberales –y explicitada por los neoconservadores– al Estado social tenía un muy importante componente de tipo antropológico. En su enfrentamiento con el Estado social, el neoliberalismo empleó como base teórico-económica el paradigma neoclásico surgido del movimiento marginalista mediante el cual, en el último tercio del siglo XIX, se refinaron los instrumentos analíticos del liberalismo clásico. Valga precisar que tal paradigma económico opera, al igual que cualquier otro, con determinados supuestos antropológicos, es decir, con un conjunto de premisas relativas a la condición humana y al comportamiento de las personas.

Fueron los propios economistas neoclásicos, como ya hemos hecho notar en el capítulo III, quienes dieron en llamar *homo oeconomicus* a la antropología subyacente a su teoría económica, a saber, una visión de la persona humana como maximizadora de utilidad, entendiendo básicamente por tal el propio bienestar material. Desde tal visión se afirma que si las personas adoptan determinados comportamientos es porque éstos constituyen medios adecuados para maximizar la diferencia entre los beneficios obtenidos y los costes soportados, según el cálculo a que les induce esa racionalidad llamada individual.

Sen ha presentado irónicamente tal racionalidad diciendo que el *homo oeconomicus* se comportaría del siguiente modo: “– «¿Dónde está la estación del ferrocarril?», me pregunta. – «Allí», contesto, señalando la estación de correos, «y, de paso, ¿podría echar esta carta al buzón?». – «Sí», contesta el otro, decidido a abrirla para ver si contiene algo valioso”⁹²⁷.

⁹²⁵ Milton Ray Guevara. *Conferencia en el seminario sobre “Planteamientos para la reforma constitucional en materia económica”* (Santo Domingo, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, 1996), citado por Jorge 2009, 14.

⁹²⁶ Fue Peter Berger quien acuñó el término *kulturkampf* para designar la confrontación ideológica que tenía lugar en Estados Unidos (cf. Mardones 1989, 57-81).

⁹²⁷ Sen 1986, 196.

Puede afirmarse que han incurrido en imperialismo del *homo oeconomicus* aquellos economistas y corrientes o escuelas que han pretendido hacer de semejante racionalidad económica el modelo explicativo del comportamiento humano tomado en su conjunto, en el entendido, a decir de Stigler, de que “el hombre es eternamente maximizador de utilidad, en su casa, en su oficina –sea pública o privada–, en su iglesia, en su trabajo científico, en una palabra, en todas partes”⁹²⁸.

De hecho, en los términos analíticos de esa racionalidad individual ha procedido la llamada “teoría del capital humano” inaugurada por Becker⁹²⁹, siendo aplicada a ámbitos humanos tan distintos como el matrimonio⁹³⁰, la división del trabajo en los hogares, la procreación, el divorcio, la actividad intelectual, la orientación ideológica, la acción política⁹³¹, la amistad, la religión, la educación, la ecología, el delito⁹³², etcétera.

⁹²⁸ Stigler 1987, 60.

⁹²⁹ Cf. Becker 1983. “Intento analizar el matrimonio, los nacimientos, el divorcio, la división del trabajo en los hogares, el prestigio social y otros comportamientos no materiales con los instrumentos analíticos y los modelos teóricos elaborados para estudiar el comportamiento económico de los individuos” (Becker, 1987, 9, 22 y 100), lo que da lugar, por ejemplo, a la consideración de los hijos como mercancías o al concepto de “mercado matrimonial”, donde funcionaría, por supuesto, la mano invisible.

⁹³⁰ “El mercado matrimonial existe, y podríamos definirlo como el lugar físico y simbólico donde se encuentran la oferta y la demanda de pareja socialmente legitimada (...). Los equilibrios que dan lugar a transacciones, lo que podríamos llamar «precio», no se fija por supuesto en dinero... pero sí puede ser estudiado y descrito en términos de aportaciones personales respectivas a diferentes niveles: bienes, status personal y social, expectativas de futuro, compromisos, actitudes y disposiciones (...) El comportamiento de ambos sexos sugiere que, en términos exclusivamente matrimoniales, las mujeres se han comportado y se comportan como oferta y los hombres lo hacen como demanda. Buena prueba de ello es la incidencia selectiva opuesta que la exclusión del mercado tiene en ambos sexos; así, mientras que la soltería definitiva y la vida sin pareja afectan casi universalmente a los hombres en situación socioeconómica más desfavorecida (por insolvencia), en el caso de las mujeres dicho fenómeno se suele dar en las categorías de más alto nivel (por precio prohibitivo)” (Cabré 1994, 37-60).

⁹³¹ La versión política de la teoría del capital humano viene dada por la “teoría de la elección pública” (cf. Buchanan, McCormick y Tollison 1984).

⁹³² Garland ha criticado que la criminología haya pasado “de un estilo de razonamiento «social» a un estilo de razonamiento «económico»”, haciendo que el delito sea entendido como “una externalidad de las transacciones sociales normales” y aplicándole un tratamiento penal estrictamente punitivo que denomina “una mentalidad de la guerra” (Garland 2005).

No pretendemos que el *homo oeconomicus* carezca de toda pertinencia o utilidad para dar razón del comportamiento humano en actividades o ámbitos que, en principio, no son propia y directamente económicos. El problema al que queremos referirnos se encuentra en otro lugar.

Consiste, por un lado, en la tendencia a erigir tal paradigma en una especie de “gramática universal” de la vida humana ⁹³³, haciendo de la maximización de la utilidad individual la categoría explicativa única de todo el comportamiento de las personas. A tal respecto hay que decir no sólo que tal universalidad no es de recibo, sino que, incluso en lo que tiene que ver con la conducta de tipo estrictamente económico, no faltan economistas que nieguen al *homo oeconomicus* el monopolio explicativo que otros le han atribuido ⁹³⁴.

El problema también consiste en que, en el paradigma neoclásico adoptado como base teórica por el neoliberalismo, el modelo del *homo oeconomicus* no tiene un estatuto meramente descriptivo o analítico, sino también implícitamente prescriptivo. La economía neoclásica procede a normativizar la racionalidad individual consistente en la búsqueda del propio interés desde el momento en que, en razón de la doctrina de los efectos sociales involuntarios –la “mano invisible” de Smith–, afirma que tal búsqueda se corresponde con la racionalidad económica, es decir, que constituye un medio óptimo para procurar la utilidad o el interés de todos los miembros de la sociedad conjuntamente tomados. “Es la idea según la cual la racionalidad económica de la sociedad tiene como condición suficiente la búsqueda del propio interés. El concepto de racionalidad de la teoría neoclásica... permite la transformación de la ética supuestamente

⁹³³ Al menos en los planteamientos más radicales ciertamente subyace la convicción de que “existe una única ciencia social. Lo que da a la ciencia económica su poder de invasión imperialista es el hecho de que nuestras categorías analíticas –rareza, coste, preferencia, oportunidad– son verdaderamente de aplicabilidad universal (...) De este modo, la ciencia económica constituye la gramática universal de la ciencia social” (Hirschleifer, J. *The Expanding Domain on Economics*, citado por Beaud y Dostaler 1993, 162).

⁹³⁴ “Si en las siete primeras ediciones de mi manual de introducción a la economía logré omitir la palabra amor en el índice, ¿por qué no puede la octava arreglárselas sola? No es que se me hayan reblandecido de pronto los sesos, de veras. Más bien se me ha despejado la cabeza con cierto retraso: para explicar los hechos científicos que tenemos que explicar, si no hubiese existido el amor habríamos tenido que inventarlo (...) ¿No hay nada gratuito? ¡Qué disparate! Una ley científica con sólo cuatro billones de excepciones. Si fuese verdad eso, ningún miembro de la especie humana sobreviviría ni siquiera una semana” (Samuelson 1996, 19).

empírica de los agentes económicos en una variante de la ética normativa”⁹³⁵. De hecho, conscientes de ese carácter implícitamente prescriptivo de la racionalidad individual, algunos economistas han formulado

*la llamada tesis “hermenéutica dual” entre la teoría y los agentes económicos: las teorías sobre el comportamiento humano influyen en la forma de actuar de la gente, porque la gente tiende a conformar sus comportamientos a lo que la teoría dice acerca de ellos. Como Eisenberg expresó de forma más efectiva: “Los movimientos de los planetas son sublimemente indiferentes a nuestra astronomía terrestre. El comportamiento del hombre, sin embargo, no muestra una igual indiferencia a las teorías del hombre sobre el comportamiento”.*⁹³⁶

El definitiva, los dos aspectos del problema hacia el que estamos apuntando pueden expresarse diciendo que al neoliberalismo subyace un modelo antropológico individualista normativizado para el conjunto de ámbitos de la vida humana. Tal problema se muestra en toda su crudeza cuando asistimos a excentricidades indignantes, como la planteada por Summer en el campo de la protección medioambiental cuando afirmaba: “El cálculo del coste de una contaminación peligrosa para la salud depende de las ganancias absorbidas por el crecimiento de la morbosidad y la mortalidad. Desde ese punto de vista..., la lógica económica que quiere que masas de desechos tóxicos sean vertidas allí donde los salarios son más bajos es imparable”⁹³⁷.

B. Constitucionalismo social y personalismo comunitario

Tal es la racionalidad individualista del modelo antropológico con el que opera el neoliberalismo en su “guerra cultural” contra el Estado social. En función de la misma se ha pretendido –y en ocasiones logrado– confiar al mercado la satisfacción de gran parte de las necesidades humanas para cuya cobertura fueron establecidos los derechos sociales, con el consiguiente empobrecimiento de los ciudadanos peor dotados económicamente. A la vista de semejante movimiento de expansión del mercado y de contracción del Estado, Häberle ha señalado con razón que,

⁹³⁵ Martínez Real 1998, 484.

⁹³⁶ Musu y Zamagni 1995, 13-14.

⁹³⁷ Summer, Lawrence en *The Economist*. 8 de febrero de 1992, citado por Beaud y Dostaler 1993, 205-206.

*aunque la imagen del mercado, desde la oleada del año 1989, tiende a reclamar para sí cada vez más ámbitos... ha llegado el tiempo de que la teoría constitucional recuerde con resolución las fronteras. El mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano. No todos los aspectos de la vida en común han de ordenarse y valorarse desde el punto de vista... de la libre competencia. En el Estado constitucional siempre hemos de recordar el carácter instrumental (la economía al servicio del ser humano, la mejora del bienestar general, justicia social, etc.).*⁹³⁸

En efecto, el mercado, como hemos dicho, tiene su importante lugar en el Estado constitucional democrático y social como consecuencia del reconocimiento de la libertad económica requerida por el respeto de la dignidad humana, pero, como observa el mismo Häberle, “el *homo oeconomicus* es sólo una verdad parcial”⁹³⁹. Convertirla en total equivaldría a arruinar la antropología de la dignidad ontológica –y, por ende, la premisa del neoconstitucionalismo– de un ser cuya existencia se encuentra entretejida por una dimensión individual y otra social y cuyo desarrollo necesita tanto de la libertad que el mercado posibilita como de la igualdad que los derechos sociales procuran.

En el capítulo II hemos tenido ocasión de referirnos a la afinidad electiva que existe entre el personalismo comunitario y el neconstitucionalismo; en el presente hemos sostenido que éste comporta una economía social de mercado, que incorpora como uno de sus principios el del Estado social.

Pues bien, a pesar de las inevitables diferencias terminológicas, la doctrina permite confirmar la profunda convergencia existente entre el principio del Estado social y el personalismo comunitario. Así, por ejemplo, Osuna afirma que los derechos sociales se encuentran fundados “en la índole social del ser humano y son exigencias que brotan de la condición de ser miembro

⁹³⁸ Häberle 2006a. “Las funciones y los ámbitos específicos permiten concretar los límites del mercado y de la economía de mercado: de un lado, el modelo del mercado no es aplicable a ciertos ámbitos culturales como la educación, la formación universitaria, la investigación, la familia o los ámbitos sociales nucleares del derecho del trabajo. El Estado constitucional debe permanecer sensible para determinar si determinados ámbitos sociales son aptos para el mercado, si lo necesitan o no, pues en el desarrollo histórico se pueden dar transformaciones” (Häberle 2006a).

⁹³⁹ Häberle 2006a.

activo y solidario de un grupo social”⁹⁴⁰. Jorge Prats sostiene que la cláusula del Estado social implica, entre otras cosas, “el rechazo de individualismo egoísta”, así como que “el individuo debe ser considerado a la vez como individuo y como ser social. Cada persona forma parte de una comunidad de la cual depende para realizar sus anhelos individuales”⁹⁴¹. Abramovich y Courtis defienden que “el paso de Estado liberal al social de Derecho ha redimensionado constitucionalmente el valor dinámico y expansivo de la dignidad humana, potenciador de la orientación interpersonal y comunitaria de la persona”⁹⁴².

Resulta asimismo pertinente traer a colación el aporte jurisprudencial llevado a cabo por la Corte Constitucional de Colombia en este punto particular:

*Asimismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia) la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.*⁹⁴³

Digamos, por último, que probablemente es esa misma antropología personalista-comunitaria la que opera en uno de los considerandos contenidos en el preámbulo de la *Constitución federal de la Confederación Suiza*, aquel en el que se declara que “la fuerza de la comunidad se mide por el bienestar del más débil de sus miembros”.

⁹⁴⁰ Osuna 2002, 197.

⁹⁴¹ Jorge 2005, I, 676 y 677 respect.

⁹⁴² Añaden: “En el Estado social y los derechos sociales que lleva aparejados, el hombre ya no se considera como un individuo aislado sino inserto en la sociedad (...) El análisis del resultado económico ya no se rige con exclusividad por la generación de riqueza, sino que se evalúan factores como la igualdad y la equidad. La sociedad es estimada con un grado de conflictividad permanente, por lo que surgen mecanismos de negociación y tregua precarios, y las funciones que se otorgan al Estado se multiplican, incluyéndose la regulación política de la economía” (Abramovich, Victor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, citado por Garrido 2007, 112-113).

⁹⁴³ Corte Constitucional de Colombia 2002, n° 29.

Es, pues, de vital importancia la fortaleza del constitucionalismo social, es decir, la efectividad de los derechos cuya satisfacción permite establecer las condiciones económicas, sociales y culturales necesarias para vivir una existencia conforme a la dignidad, principio de los principios del Estado constitucional democrático y social. De tal vigencia del Estado social dependen, en buena medida, la legitimidad moral y la validez jurídica últimas del todo el ordenamiento y de toda la actividad estatal.

El mercado es manifiestamente insuficiente como principio generador de cohesión social o de sentido del “nosotros”. Las políticas neoliberales han desinstitucionalizado el vínculo ciudadano y han estimulado una “patología de la despartenencia”⁹⁴⁴. Quienes ejercen autoridad política en los Estados de corte constitucional democrático y social deberían permanecer en guardia contra ellas, pues, como escribió Samuelson, “las verdades de la economía no pueden encerrarse ni siquiera en cien leyes. Pero en algún lugar de las tablas sagradas aparece escrita esta verdad: no des al mercado lo que no es del mercado”⁹⁴⁵.

En juego se encuentra, insistimos, el respeto de la dignidad ontológica de todos y cada uno de los seres humanos. Es la función del Estado social hacer valer también la de los pobres para que siga dejando de ser cierto el diagnóstico del capitalismo liberal que en su día hizo Mounier:

*El hombre, que ha comenzado a devenir políticamente sujeto con la democracia liberal, permanece generalmente objeto en el nivel de la existencia económica. La potencia anónima del dinero, su privilegio en la distribución del beneficio y de las ventajas de ese mundo, endurecen a las clases y alienan al hombre real. Éste debe volver a encontrar la disposición de sí mismo, sus valores subvertidos por la tiranía de la producción y del beneficio, su condición descentrada por los delirios de la especulación. Si no el imperialismo económico, cuando se siente amenazado, no teme volverse contra la libertad que defiende cuando le es útil y confiar su suprema defensa a regímenes de terror o a guerras inexpiables.*⁹⁴⁶

⁹⁴⁴ Marcel Gauchet, citado por Innerarity 2006, 23. “Buena parte de los malestares sociales que se expresan en sentimientos de inseguridad, pérdida de confianza, desarraigo, fragmentación y conflictividad tienen su origen en una desinstitucionalización del vínculo social que vacía el sentido de lo público” (Innerarity 2006, 22).

⁹⁴⁵ Samuelson 1996, 20.

⁹⁴⁶ Mounier 1961a, 106.

CONCLUSIÓN. ELOGIO DE LA TEORÍA CULTURAL DE LA CONSTITUCIÓN

La hipótesis que guía este trabajo fue conjeturada gracias de los aportes recibidos en los cursos sobre *Derechos fundamentales en la Constitución y Teoría constitucional y modernidad* impartidos por los profesores Cristóbal Rodríguez Gómez y Eduardo Jorge Prats, respectivamente, durante el año académico 2007-2008 en el marco de la Maestría en derecho constitucional organizada por la Universidad Iberoamericana de la ciudad de Santo Domingo.

Fue con posterioridad a la presentación del proyecto de esta investigación, estando ya, por lo tanto, en el ánimo de llevarla a cabo, cuando tuvimos conocimiento de la citada tesis de Häberle acerca de la dignidad humana como premisa antropológico-cultural del actual Estado constitucional. Hemos de reconocer que tal descubrimiento nos produjo un cierto desánimo, probablemente inducido por un poco razonable afán de originalidad. Poco después caía en nuestras manos una sabia reflexión de Sartori: “No es fácil ser original. Casi siempre volvemos a descubrir, sin saberlo, lo ya descubierto, y aquello que nos parece nuevo es simplemente cualquier cosa que ya se había olvidado. Muchos son originales por indocta ignorancia”⁹⁴⁷. Teníamos, por supuesto, buenas razones para sentirnos concernidos por tales propósitos.

Creemos, con todo, que el trabajo exploratorio llevado a cabo puede contribuir modestamente tanto a acreditar la tesis del profesor alemán como a comprender el trasfondo cultural sobre el cual es reconocida una máxima importancia a la dignidad de la persona humana en muchas Constituciones, así como en Declaraciones y Tratados internacionales sobre derechos.

Entendemos, en efecto, que, independientemente de los términos exactos del resultado de nuestro trabajo, la presente investigación justifica suficientemente la pertinencia de una comprensión del Estado constitucional democrático y social, tanto en su vertiente liberal o de protección de los derechos como democrática o de participación en el poder político, a partir de la autoconciencia típicamente moderna en virtud de la cual nos consideramos a nosotros mismos sujetos, seres intrínsecamente valiosos. Digamos, en otras palabras, que la perspectiva adoptada tiene alguna

⁹⁴⁷ Sartori, Iovanni. *Democracia e definizioni*, citado por Aragón 2002, 9.

potencialidad heurística, puesto que permite dar razón tanto del principio liberal como del democrático, así como de la conjunción de ambos en el fenómeno neoconstitucional.

Más aún, en la medida en que esa moderna antroponomía de la dignidad se combina con la igualmente moderna antropología del personalismo comunitario, cuya afinidad o consonancia con el neoconstitucionalismo creemos, por lo demás, haber mostrado, se tiene a disposición una herramienta teórica de comprensión del sustrato subyacente a la irreductible dialéctica entre el principio liberal y el principio democrático, que no es sino la igualmente irreductible tensión entre la dimensión individual y la dimensión social que se anudan en la vida de la persona humana.

No debe, sin embargo, perderse de vista que pensar la dignidad ontológica como matriz subjetiva del Estado constitucional democrático y social o, lo que es igual, el fenómeno neoconstitucional como *ethos* objetivo de aquélla no implica una concepción idealista de la existencia humana o de la historia: en absoluto comporta la negación de la incidencia que sobre las representaciones de nosotros mismos tienen, a su vez, elementos tan objetivos como las condiciones económicas en que vivimos o los sistemas políticos en que nos desenvolvemos. De hecho, el concepto de afinidad electiva al que hemos acudido en nuestro marco teórico apunta hacia el mutuo reforzamiento entre formas culturales, que en nuestro caso son la autoconciencia de la dignidad y el fenómeno neoconstitucional.

La teoría del Estado constitucional democrático y social como *ethos* objetivo de la dignidad no incurre, pues, en idealismo, sino que exige únicamente tomar en serio la capacidad creadora del propio mundo que distingue al “animal enfermo” que somos o –ahora sin la genial estridencia de Hegel– el carácter moral que nos constituye como personas, es decir, seres dignos.

Quisiéramos, finalmente, cerrar esta conclusión con un elogio de la teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.

Valga primeramente decir, en términos generales, que el adecuado desarrollo de la ciencia constitucional no podrá tener lugar al margen del cultivo de perspectivas de carácter teórico. Éstas se revelan susceptibles de aportar una importante utilidad, ciertamente genérica, pero no

por ello menos práctica que las específicas. A este respecto no podemos dejar de recordar que, del mismo modo que “la teoría sin práctica es estéril”, “la práctica sin teoría es ciega”⁹⁴⁸. Parafraseando a alguien tan poco sospechoso de confiar ingenuamente en la eficacia de las ideas como Lenin, puede afirmarse que sin teoría del neoconstitucionalismo no puede haber movimiento neoconstitucional⁹⁴⁹.

Más concretamente, la particular aproximación teórica que es la cultural permite asumir que el Estado constitucional democrático y social representa un gran logro de nuestra civilización y, por esa vía, como ha señalado Jorge Prats, “impide que las normas constitucionales fluctúen arbitrariamente de una reforma o interpretación constitucional a otra, lo cual hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados, matiza la naturaleza agonista de la lucha por el poder y refuerza el Estado Constitucional mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma”⁹⁵⁰.

Ocasión hemos tenido de comprobar, por otro lado, que la identificación del sustrato cultural del fenómeno neoconstitucional comporta ineluctablemente un punto de vista moral sobre el derecho constitucional vigente, es decir, obliga a considerar el ordenamiento que es bajo el prisma del que debe ser. En efecto, la comprensión del Estado constitucional democrático y social desde la óptica del fundamento en que busca legitimidad, a saber, la autoconciencia de la dignidad ontológica, hace que la teoría cultural de la Constitución devenga inmediatamente en teoría normativa del derecho.

⁹⁴⁸ Bernal John. *La ciencia en nuestro tiempo*, citado por Revista Cubana de Investigación Biomédica. 1997, 78-82. Kurt Lewin llegó a escribir que “nada hay tan práctico como una buena teoría” (citado por Buckley y Caple 2009, XIV).

⁹⁴⁹ “Sin teoría revolucionaria, no puede haber tampoco movimiento revolucionario. Nunca se insistirá lo bastante sobre esta idea en un tiempo en que a la prédica en boga del oportunismo va unido un apasionamiento por las formas más estrechas de la actividad práctica” (Lenin 1978, 25). El joven Marx, por su parte, había escrito que “las ideas que la razón afianza en nuestra conciencia, constituyen cadenas de las que no nos podemos liberar sin romper nuestro corazón; son demonios que sólo se pueden vencer sometiéndolos” (Marx, Karl. *Communism and the Augsburg Allgemeine Zeitung*, citado por Ritzer 1993, 170).

⁹⁵⁰ Jorge 2005, II, 758.

De ahí que, muy a pesar del dogma kelseniano y weberiano de la neutralidad valorativa de la ciencia jurídica, Ferrajoli haya podido atribuir a la relativa al neoconstitucionalismo un papel no meramente descriptivo, sino también crítico y proyectivo, hasta el punto de que sustituye ocasionalmente “ciencia jurídica” por “cultura jurídica” e, incluso, por “cultura jurídica y política”⁹⁵¹. De ahí, igualmente, que, siendo tarea de la teoría de la Constitución en tanto que ciencia constitucional “investigar los misterios de este Estado Constitucional”, el derecho constitucional se encuentre habilitado, como asevera Jorge Prats, para “interpretar las cláusulas que son herencia de esta conquista cultural y proponer reformas constitucionales que acerquen los Estados nacionales al modelo paradigmático del Estado Constitucional”⁹⁵².

A lo largo de la presente investigación, nosotros mismos hemos procedido en tal sentido crítico y proyectivo en lo que tiene que ver tanto con la democracia como con los derechos fundamentales. Hemos pretendido, con mayor o menor acierto –acaso sin él–, dejarnos guiar por la dignidad de cada persona, piedra angular de la arquitectura neoconstitucional cuya construcción, iniciada hace poco más de medio siglo, se encuentra actualmente en marcha. La maduración de nuestra conciencia moral sigue abierta. Queda, por lo mismo, mucho camino por recorrer hasta el derecho que nos ponga definitivamente al abrigo de la ley de la selva y nos ayude, como decía Bloch, a “caminar erguidos”.

⁹⁵¹ Ferrajoli 2004a, 29-31.

⁹⁵² Jorge 2005, II, 757.

BIBLIOGRAFÍA E INTERNETGRAFÍA

1. Libros y artículos

Abbagnano, Nicola (1973). Historia de la filosofía. Traducción de Juan Estelrich y Jorge Pérez Ballestar. 3ª ed. Barcelona, Montaner y Simón.

Abramovich, Victor y Courtis, Christian (2009). Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales. [Base de datos en línea] Instituto de Derechos Humanos – Universidad Nacional de la Plata, disponible: 4 de abril de 2009, <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/ddhh/img/APUNTES%20SOBRE%20LA%20EXIGIBILIDAD%20JUDICIAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20SOCIALES.%20Victor%20Abramovich%20y%20Christian%20Courtis.pdf>.

Acanda, Jorge Luis (2006). “El pensamiento ético en la antigua Grecia”. En Acanda, Jorge Luis y Espeja, Jesús. La preocupación ética. La Habana, Ed. Lucía Arenal Linares, pp. 55-114.

Adame Goddard, Jorge (2000). “Ética, legislación y derecho”. En Saldaña, Javier (coord.). Problemas actuales de derechos humanos. Una propuesta filosófica. México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 27-38.

Albertí Rovira, Enoch (2004). “La Constitución económica de 1978”. Revista Española de Derecho Constitucional. 71, pp. 123-139.

Alexy, Robert (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, Robert (1997). El concepto y la validez del derecho. Traducción de Jorge Francisco Malem Seña. Barcelona, Gedisa.

Alexy, Robert (2001). “Entrevista por Manuel Atienza”. Doxa. 24, pp. 5-40.

Alexy, Robert (2003a). “La fundamentación de los derechos en Carlos S. Nino”. Doxa. 26, pp. 173-203.

Alexy, Robert (2003b). “La justicia como corrección”. Doxa. 26, pp. 161-173.

Alexy, Robert (2003c). “La naturaleza de la filosofía del derecho”. Doxa. 26, pp. 147-159.

Álvarez Turienzo, Saturnino (1988). “La Edad Media”. En Camps, Victoria (ed.). Historia de la ética. Barcelona, Crítica, vol. I, pp. 345-489.

Anderson, Perry (1988). La evolución política de Norberto Bobbio. En González José M. y Quesada, Fernando (coords.). Teorías de la democracia. Barcelona, Anthropos, pp. 21-37.

Ansart, Pierre (1977). Idéologies, conflits et pouvoir. Paris, Presses Universitaires de France.

Apel, Karl-Otto (1985). Transformación de la filosofía. Traducción de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill. Madrid, Taurus.

Apel, Karl-Otto (1991). Teoría de la verdad y ética del discurso. Traducción de Norberto Smilg. Barcelona, Paidós.

Aquino, Santo Tomás de (2001). Suma de teología. Varios traductores. 4ª ed. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.

Aragón, Manuel (1995). Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control. Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina.

Aragón, Manuel (2002). Constitución, democracia y control. México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Aragón Reyes, Manuel (1998). Estudios de derecho constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aranguren, José Luis L. (1997). Ética. Madrid, Biblioteca Nueva.

Arbea, Antonio (2008). Introducción. En Pericles. Discurso fúnebre. Referido por Tucídides. Guerra del Peloponeso. [Base de datos en línea] Centro de Estudios Públicos de Chile,

disponible: 26 de diciembre de 2008, www.cepchile.cl/dms/archivo_1854_18/rev11_tucidides.pdf.

Arendt, Hannah (1994). Los orígenes del totalitarismo. Traducción de Guillermo Solana. Barcelona, Planeta-Agostini.

Aristóteles (1996). Política. Varios traductores. 2ª ed. Madrid, Alba.

Aristóteles (2001). Ética. Traducción de J. Leyva. Madrid, Libsa.

Arriaga Álvarez, Emilio Gerardo (2007). La teoría de Niklas Luhmann. [Base de datos en línea] Infoamérica, disponible: 30 de junio de 2007, http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_01.pdf.

Arroyo Arrayás, Luis Miguel (2007). “La antropología dialógica en la historia de la filosofía”. Thémata. 39 (2007), pp. 301-307.

Assmann, Hugo (1994). Economía y religión. Traducción de Guillermo Meléndez. San José de Costa Rica, Departamento Ecuménico de Investigaciones.

Baccelli, Luca (2001). “Derechos sin fundamento”. En De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, pp. 197-213.

Barba, Donato (2001). La oposición durante el franquismo. Madrid, Ed. Encuentro.

Barber, Benjamin R. (2000). Un lugar para todos. Cómo fortalecer la democracia y la sociedad civil. Traducción de Carlos Ossés Torrón. Barcelona, Paidós.

Barber, Benjamin R. (2004). Democracia fuerte. Política participativa para una nueva época. Traducción de Juan Jesús Mora Molina. Córdoba, Almuzara.

Barboza Vergara, Antonio Carlos (2005). “Democracia y derechos humanos en la teoría política de Norberto Bobbio”. Co-herencia. Vol. III, n° 2, pp. 113-128.

- Barranco Avilés, María del Carmen (2000). La teoría jurídica de los derechos fundamentales. Madrid, Dykinson.
- Bassols Coma, Martín (1992). “La Constitución económica”. Revista de Derecho Público. 36, pp. 277-290.
- Batista Freijedo, Francisco J. (2005). “El fundamento de los derechos fundamentales”. Redur. 3, pp. 41-56.
- Beaud, Michel y Dostaler, Gilles (1993). La pensée économique depuis Keynes. Paris, Seuil.
- Becker, Gary S. (1983). El capital humano. Traducción de Marta Casares. Madrid, Alianza.
- Becker, Gary S. (1987). Tratado sobre la familia. Traducción de Carlos Peraita de Grado. Madrid, Alianza.
- Béjar, Helena (1998). “Comunitarismo”. En Giner, Salvador; Lamo de Espinosa, Emilio y Torres, Cristóbal (eds.). Diccionario de sociología. Madrid, Alianza, pp. 134-135.
- Bell, Daniel (1976). El advenimiento de la sociedad post-industrial. Traducción de Raúl García y Eugenio Gallego. Madrid, Alianza.
- Benedicto XVI (2008). Discurso en la Asamblea General de las Naciones Unidas con ocasión de la celebración del 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Nueva York, 18 de abril 2008. [Base de datos en línea] Santa Sede, disponible: 29 de diciembre de 2008, http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/april/documents/hf_ben-xvi_spe_20080418_un-visit_sp.html.
- Bentham, Jeremy (1888). Principes de législation et d'économie politique. Paris, Guillaumin.
- Berlin, Isaiah (1988). Cuatro ensayos sobre la libertad. Varios traductores. 4ª ed. Madrid, Alianza.

Bernal Pulido, Carlos (2006). “El concepto de libertad en la teoría política de Bobbio”. Revista de Economía Institucional. 14, pp. 56-75.

Bobbio, Norberto (1991). El tiempo de los derechos. Traducción de Rafael de Asís Roig. Madrid, Sistema.

Bobbio, Norberto (2009). Las promesas incumplidas de la democracia. [Base de datos en línea] Management político, disponible: 28 de diciembre de 2009, http://www.managementpolitico.com.ar/oea/cd/contenidos/luis_tonelli/bobbio_tonelli.pdf.

Böckenförde, Ernst Wolfgang (2000). Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid, Trotta.

Bovero, Michelangelo (2001). “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”. En De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, pp. 215-242.

Brage Camazano, Joaquín (2005a). Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español. México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Brage Camazano, Joaquín (2005b). “Estudio preliminar”. En Smend, Rudolf. Ensayos sobre la libertad de expresión y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán. Traducción de Joaquín Brage Camazano. México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. XI-LX.

Brage Camazano, Joaquín (2008). La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. [Base de datos en línea] Departamento de Derecho Político de la UNED, disponible: 17 de diciembre de 2008, http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf.

- Buber, Martin (1990). ¿Qué es el hombre? Traducción de Eugenio Imaz. México, Fondo de Cultura Económica.
- Buber, Martin (1996). Yo y Tú. Traducción de Carlos Díaz. 2ª ed. Madrid, Caparrós.
- Buchanan, James M. (1996). Ética y progreso económico. Traducción de José Antonio García-Durán de Lara. Barcelona, Ariel.
- Buchanan, James M.; McCormick, Robert E. y Tollison, Robert D. (1984). El análisis económico de lo político. Traducción de José Casas Pardo. Madrid, Instituto de Estudios Económicos.
- Buckley, Roger y Caple, Jim (2009). La formación. Teoría y práctica. [Base de datos en línea]. Libros de Google, disponible: 17 de abril de 2009, <http://books.google.com.do>.
- Bulygin, Eugenio (1987). “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”. Doxa. 4, pp. 79-84.
- Bustamante Alarcón, Reynaldo (2001). Derechos fundamentales y proceso justo. Lima, Ara.
- Caballero Ochoa, José Luis (2006). “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”. En Valadés, Diego y Carbonell, Miguel: El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados. México, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo I, pp. 41-71.
- Cabré, Anna (1994). Tensiones inminentes en los mercados matrimoniales. En Natal, Jordi. El mundo que viene. Madrid, Alianza, pp. 37-60.
- Calsamiglia, Albert (1984). “Ensayo sobre Dworkin”. Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Traducción de Marta Isabel Guastavino Castro. Barcelona, Ariel, pp. 7-29.
- Canessa Montejo, Miguel F. (2009). Los derechos sociales en el marco de los derechos humanos. [Base de datos en línea] Comisión Andina de Juristas, disponible: 4 de abril de 2009, <http://www.cajpe.org.pe/guia/canes-1.htm>.

- Castoriadis, Cornelius (1986). "El campo de lo social-histórico". Estudios. (Primavera de 1986).
- Castoriadis, Cornelius (1993). "Subjetividad e histórico-social". Zona erógena. 13.
- Castoriadis, Cornelius (1996). "La democracia como procedimiento y como régimen". Iniciativa Socialista. 38.
- Castoriadis, Cornelius (1997). "El imaginario social instituyente". Zona erógena. 35.
- Castoriadis, Cornelius (1998a). Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto. Traducción de Alberto Bixto. Barcelona, Gedisa.
- Castoriadis, Cornelius (1998b). El ascenso de la insignificancia. Traducción de Vicente Gómez Ibáñez. Madrid, Cátedra.
- Chiaracane, Salvatore (2008). Hacia un concepto y práctica universales de los derechos fundamentales. [Base de datos en línea] Universidad de Carabobo, disponible: 11 de mayo de 2008, <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-3.pdf>.
- Cobo Cobo, Antonio José (2008). El concepto de reflexión en el joven Mounier (1931-1939). [Base de datos en línea] Universidad de Granada, disponible: 10 de diciembre de 2008, <http://hera.ugr.es/tesisugr/16183058.pdf>.
- Concilio Vaticano II (1999). "Gaudium et spes", En Once grandes mensajes. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, pp. 367-489.
- Congar, Yves (1969). "Dos factores de sacralización en la vida social de la Edad Media (Occidente)". Concilium. 47, pp. 56-70.
- Constant, Benjamin (1997). Écrits politiques. Paris, Gallimard.
- Cortina, Adela (1993). Ética aplicada y democracia radical. Madrid, Tecnos.

- Cortina, Adela (1994). “Estudios preliminares”. En Varios autores. Diez palabras claves en ética. Estella, Verbo Divino.
- Cortina, Adela (1995). Ética y religión. Madrid, PPC.
- Cortina, Adela (1997). Ciudadanos del mundo. Hacia un teoría de la ciudadanía. Madrid, Alianza.
- Cortina, Adela (1998). Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad. Madrid, Taurus.
- Cortina, Adela (2007a). Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica. 12ª ed. Madrid, Tecnos.
- Cortina, Adela (2007b). Ética sin moral. 7ª ed. Madrid, Tecnos.
- Cruz Parceró, Juan A. (2004). “Derechos humanos y orden internacional”. Isonomía. 20, pp. 101-111.
- Dabove, María Isolina (2009). El concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart. Perspectiva tridimensional. [Base de datos en línea] Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, disponible: 24 de marzo de 2009, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/859/685>.
- Da Dalt de Mangione, Elizabeth (2007). “Figuras del personalismo. Conocimiento y respuesta al valor”. Persona. 5, pp. 7-32.
- Dahl, Robert Alan (1989). Poliarquía: participación y oposición. Traducción de Julia Moreno Santa María. Madrid, Tecnos.
- Dalai Lama (1999). “La responsabilidad universal y la paz”. El Mundo. 15 de abril de 1999, p. 9.
- De Cabo Martín, Carlos (2001). “El sujeto y sus derechos”. En Aparicio, Miguel Ángel. Derechos constitucionales y formas políticas. Barcelona, Cedecs.

- De Cabo Martín, Carlos (2003). La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho. Madrid, Trotta.
- De León Barbero, Julio César (2007). “Individualismo y protestantismo”. Eleuteria. (Otoño de 2007).
- De Vega García, Pedro (2007). Mundialización y Derecho Constitucional: para una palíngenesia de la realidad constitucional. [Base de datos en línea] Asociación de Mexicanos en España, disponible: 19 de diciembre de 2007, <http://www.mexicanos.org.es/conts/pdf/vegamund.pdf>.
- Defensoría del Pueblo de Colombia (2008). ¿Qué son los derechos humanos? [Base de datos en línea] Universidad Libre, disponible: 1 de julio de 2008, http://www.unilibre.edu.co/catedra_ger/molina/derechos.htm.
- Descartes, René (2008). Discours de la méthode. [Base de datos en línea] Académie de Grenoble, disponible: 10 de diciembre de 2008, http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/file/descartes_methode.pdf.
- Díaz, Carlos (2002). Treinta nombres propios: las figuras del personalismo. Madrid, Fundación Emmanuel Mounier.
- Díaz, Carlos (2008a). La recepción del personalismo en España. [Base de datos en línea] Institut Emmanuel Mounier Catalunya, disponible: 12 de diciembre de 2008, <http://www.freewebs.com/institut-emmanuel-mounier-catalunya/calidoscopi.htm>.
- Díaz, Carlos (2008b). Postura del personalismo comunitario ante el actual cruce de ámbitos entre la ética, la política y el derecho. [Base de datos en línea] Revista Iberoamericana de Personalismo Comunitario, disponible: 12 de diciembre de 2008, <http://www.personalismo.net/PDF/0804/7aEntrevista.pdf>.
- Dilthey, Wilhelm (1980). Introducción a las ciencias del espíritu. Traducción de Julián Marías. Madrid, Alianza.

- Donaldío Maggi de Gandolfi, María Celestina (2008). El hombre como ser histórico y social. [Base de datos en línea] Instituto Universitario Virtual Santo Tomás, disponible: 11 de noviembre de 2008, <http://www.e-aquinas.net/pdf/donadio.pdf>.
- Dunn, John (1995). “Conclusión”. En Dunn, John (dir.). Democracia. El viaje inacabado. Traducción de Jordi Fibla. Barcelona, Tusquets, pp. 292-320.
- Durán Ribera, Wilman Ruperto (2003). “Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de derecho”. Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Pp. 283-284.
- Durkheim, Émile (1975). “Communauté et société selon Tönnies”. En Durkheim, Émile. Textes. Paris, Éditions de Minuit, vol. I, pp. 416-422.
- Durkheim, Émile (1993). La división del trabajo social. Traducción de Carlos G. Posada. Barcelona, Planeta-Agostini.
- Durkheim, Émile (2008). L’individualisme et les intellectuels. [Base de datos en línea] AnahíTxT, disponible: 18 de junio de 2008, http://anahitxt.com.ar/blog/wp-content/uploads/2008/03/durkheimemile_el_sociologoensituacion.html.
- Duverger, Maurice (1987). Instituciones políticas y derecho constitucional. Varios traductores. 6^a ed. Barcelona, Ariel.
- Dworkin, Ronald (1984). Los derechos en serio. Traducción de Marta Isabel Guastavino Castro. Barcelona, Ariel.
- Dworkin, Ronald (1994). El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona, Ariel.
- Dworkin, Ronald (2003). La virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad. Traducción de María Julia Bertomeu y Fernando Aguiar González. Barcelona, Paidós.
- Dworkin, Ronald (2008). La democracia posible. Principios para un nuevo debate político. Traducción de Ernest Weiker García. Barcelona, Paidós.

- Ely, John Hart (1997). Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Traducción de Magdalena Holguín. Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- Espeja, Jesús (2006). “Tomás de Aquino: fe cristiana y racionalidad”. En Acanda, Jorge Luis y Espeja, Jesús. La preocupación ética. La Habana, Ed. Lucía Arenal Linares, pp. 115-137.
- Etxeberria, Xabier (1995). Ética básica. Bilbao, Universidad de Deusto.
- Etzioni, Amitai (1999). La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Traducción de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona, Paidós.
- Etzioni, Amitai (1980). La sociedad activa. Una teoría de los procesos societales y políticos. Traducción de Eloy Fuente Herrero. Madrid, Aguilar.
- Fernández Ssegado, Francisco (2003). Estudios jurídico-constitucionales. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fernández, Eusebio (2008). Los derechos humanos y la historia. [Base de datos en línea] Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto de Filosofía, disponible: 17 de junio de 2008, <http://www.ifs.csic.es/postgrad/jurilog/B1-derhu.pdf>.
- Ferrajoli, Luigi (2001a). “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”. En De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, pp. 139-195.
- Ferrajoli, Luigi (2001b). “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. En De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, pp. 287-381.
- Ferrajoli, Luigi (2002). “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. Isonomía. 16, pp. 7-20.
- Ferrajoli, Luigi (2003). “Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelangelo Bovero”. Isonomía. 19, pp. 227-240.

- Ferrajoli, Luigi (2004a). Derechos y garantías. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4ª ed. Madrid, Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2004b). Razones jurídicas del pacifismo. Traducción de Gerardo Pisarello. Madrid, Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2006). “Sobre los derechos fundamentales”. Cuestiones constitucionales. 15, pp. 113-136.
- Ferrajoli, Luigi (2007). Ergastolo y derechos fundamentales. [Base de datos en línea] Université de Fribourg, disponible: 26 de diciembre de 2007, [http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/ Italia_pena.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Italia_pena.pdf).
- Ferrando Badía, Juan (1973). La democracia en transformación. Madrid, Tecnos.
- Fichte, Gottlieb Johann (2008). Acerca de la dignidad del ser humano. [Base de datos en línea] Instituto de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, disponible: 4 de marzo de 2008, <http://www.filosofia.ucv.cl/pdf/Acerca%20de%20la%20dignidad%20del%20hombre.pdf>.
- Fioravanti, Mauricio (2001). Constitución, de la Antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid, Trotta.
- Fraile, Guillermo (1966). Historia de la filosofía. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.
- Freund, Julien (1965). Qu'est-ce la politique? Paris, Sirey.
- Friedman, Milton y Rose (1984). La tyrannie du statu quo. Paris, Ed. Lattes.
- Fukuyama, Francis (1990). “¿El final de la historia?”. Claves de razón práctica. 1, pp. 85-96.
- Fukuyama, Francis (1992). El final de la Historia y el último hombre. Traducción de Pedro Elías. Barcelona, Planeta.

- Fukuyama, Francis (1995). “El capital social y la economía mundial”. Política exterior. 47, pp. 77-89.
- Fuster Perelló, Sebastián (2001). “Introducción a la c. 29, a. 1”. En Aquino, Santo Tomás de. Suma de teología. Varios traductores. 4ª ed. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, tomo I, pp. 320-321.
- Galvis Ortiz, Ligia (2005). Comprensión de los derechos humanos. 3ª ed. Bogotá, Ed. Aurora.
- García-Atance, María Victoria (2002). Reforma y permanencia constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Borrón, Juan Carlos (1988). “Los estoicos”. En Camps, Victoria (ed.). Historia de la ética. Barcelona, Crítica, vol. I, pp. 208-247.
- García de Enterría, Eduardo (2006). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 4ª ed. Madrid, Thomson / Civitas.
- García Gual, Carlos (1988). “Platón”. En Camps, Victoria (ed.). Historia de la ética. Barcelona, Crítica, vol. I, pp. 80-135.
- García-Huidobro, Joaquín (2000). “Derecho y derechos humanos. Introducción a un problema”. En Saldaña, Javier (coord.). Problemas actuales de derechos humanos. Una propuesta filosófica. México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 107-117.
- García-Pelayo, Manuel (1994). “La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein”. Revista de Estudios Políticos. 47, pp. 43-90.
- García Trevijano, Antonio (1996). Frente a la gran mentira. Madrid, Espasa Calpe.
- Garland, David (2005). La cultura del control. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona, Gedisa.
- Garrido Gómez, María Isabel (2007). Derechos fundamentales y Estado social y democrático de derecho. Madrid, Dilex.

- Gehlen, Arnold (1993). Antropología filosófica: del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo. Traducción de Carmen Cienfuegos. Barcelona, Paidós.
- Gil Galindo, Víctor (2008). La democracia electrónica. [Base de datos en línea] Global Media Journal, disponible: 29 de diciembre de 2008, <http://hiper-textos.mty.itesm.mx/num1gil.html>.
- Gilder, George (1981). Richesse et pauvreté. Paris, Albin Michel.
- Giner, Salvador (1994). Historia del pensamiento social. 9ª ed. Barcelona, Ariel.
- Giner, Salvador (1996). Carta sobre la democracia. Barcelona, Ariel.
- Giust-Desprairies, Florence (2002). “Cornelius Castoriadis”. Le journal des chercheurs. [Base de datos en línea] Ariane Sud, disponible: 18 de julio de 2007, <http://www.arianesud.com/content/download/583/2318/file/castoriadis%20par%20giust-d-p%202002.pdf>.
- Godoy Arcaya, Óscar (2005). “Republicanism, liberalismo y democracia”. Estudios Públicos. 99, pp. 241-256.
- Gómez Arboleya, Enrique (2008). Sobre la noción de persona. [Base de datos en línea] Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, disponible: 6 de julio de 2008, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_047_103.pdf.
- González, Ceferino (2008). Historia de la filosofía. [Base de datos en línea] Proyecto Filosofía en español, disponible: 23 de julio de 2008, <http://www.filosofia.org/zgo/hf2/hf21007.htm>.
- González Schmal, Raúl (2008). Democracia semidirecta y democracia participativa. [Base de datos en línea] Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, disponible: 20 de diciembre de 2008, <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/1/93/5.pdf>.
- Greppi, Andrea (2005). “Democracia como ideal, como valor y como método”. En Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid, Trotta, pp. 341-364.

- Grimm, Dieter (2006). Constitucionalismo y derechos fundamentales. Traducción de Raúl Sanz Burgos. Madrid, Trotta.
- Guarnieri, Carlo (1999). Los jueces y la política. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid, Taurus.
- Guastini, Ricardo (2001). Estudios de teoría constitucional. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio (2005). Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Madrid, Marcial Pons.
- Häberle, Peter (2000). Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Traducción de Emilio Mikunda Franco. Madrid, Tecnos.
- Häberle, Peter (2003). El Estado constitucional. Traducción de Héctor Fix Hierro. México, Universidad Autónoma Nacional de México, 2003.
- Häberle, Peter (2006a). Siete tesis para una teoría constitucional del mercado. Conferencia inaugural del III Congreso sobre la Constitución Europea (“Economía y Constitución europea”). Granada, 25-26 de abril de 2006. [Base de datos en línea] Universidad de Granada, disponible: 1 de junio de 2008, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/01peterhaberle.htm>.
- Häberle, Peter (2006b). Verdad y Estado constitucional. Traducción de Guillermo José Mañón Garibay. México, Universidad Autónoma Nacional de México.
- Häberle, Peter (2007). “Comparación constitucional y cultural de los modelos federales”. Revista de Derecho Constitucional Europeo. 8, pp. 171-188.
- Habermas, Jürgen (1985). Conciencia moral y acción comunicativa. Traducción de Ramón Cotarelo. Barcelona, Península.

- Habermas, Jürgen (1996). La necesidad de revisión de la izquierda. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2ª ed. Madrid, Tecnos.
- Habermas, Jürgen (1997). Más allá del Estado nacional. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta.
- Habermas, Jürgen (1998). Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta.
- Habermas, Jürgen (2002). El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal? Traducción de Rosa Sala Carbó. Barcelona, Paidós.
- Hardt, Michael y Negri, Antonio (2002). Imperio. Traducción de Alcira Nélide Bixio. Barcelona, Paidós.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus (1990). “¿Existen los derechos naturales?”. Estudios Públicos. 37, pp. 45-61.
- Hayek, Friedrich A. (1993). La route de la servitude. Paris, Quadrige & Presses Universitaires de France.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1986). Lecciones sobre la filosofía de la historia universal. Traducción de José Gaos. Madrid, Alianza.
- Held, David (1991). Modelos de democracia. Traducción de María Teresa Alberó Francés y Adolfo Gómez Cedillo. Madrid, Alianza.
- Höffner, Joseph (2001). Doctrina social cristiana. Traducción de Lothar Roos. Barcelona, Herder.
- Holmes, Stephen (1999). “El precompromiso y la paradoja de la democracia”. En Elster, Jon y Slagstad, Rune. Constitucionalismo y democracia. México, Fondo de Cultura Económica, pp. 217-262.

- Hornblower, Simon (1995). “Creación y desarrollo de las instituciones democráticas en la antigua Grecia”. En Dunn, John (dir.). Democracia. El viaje inacabado. Barcelona, Tusquets, pp. 13-29.
- Hoyos Castañeda, Ilva Myriam (2000). “Los derechos humanos en una época de crisis”. En Saldaña, Javier (coord.). Problemas actuales de derechos humanos. Una propuesta filosófica. México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 133-152.
- Hume, David (2008). Tratado de la naturaleza humana. [Base de datos en línea] Filósofos.org, disponible: 15 de julio de 2008, http://www.filosofos.org/biblioteca/Hume_Tratado_de_la_naturaleza_humana.pdf.
- Innerarity, Daniel (2006). El nuevo espacio público. Madrid, Espasa Calpe.
- Jiménez Asensio, Rafael (2003). El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional. Madrid, Marcial Pons.
- Jiménez de Parga, Manuel (2008). Hugo Grocio y el proceso de constitución de la realidad jurídica moderna. [Base de datos en línea] Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, disponible: 9 de julio de 2008, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_074_121.pdf.
- Jiménez Sánchez, José J. (2001). “Democracia y derechos humanos”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. 35, pp. 189-212.
- Jorge Prats, Eduardo (2005). Derecho constitucional. 2ª ed. Santo Domingo, Gaceta Judicial.
- Jorge Prats, Eduardo (2009). “Los empresarios y la subsidiaridad”. Hoy. 27 de febrero de 2009.
- Jospin, Lionel (1999). “La inútil «tercera vía» de Tony Blair”. El País, 22 de noviembre de 1999.
- Juan Pablo II (1999). “Centésimus annus”. En Once grandes mensajes. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, pp. 715-820.

Kägi, Werner (2005). La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Traducción de Sergio Díaz Ricci. Madrid, Dykinson.

Kant, Immanuel (1873). Principios metafísicos del derecho. Traducción de G. Lizarraga. Madrid, Librería de Victoriano Suárez. [Base de datos en línea] Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, disponible: 13 de junio de 2008, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1563>.

Kant, Immanuel (1989). La metafísica de las costumbres. Traducción de Jesús Conill Sancho y Adela Cortina Orts. Madrid, Tecnos.

Kant, Immanuel (1994a). “Ideas para una historia universal en clave cosmopolita”. En Kant, I. Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia. Traducción de Concha Roldán Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo. 2ª ed. Madrid, Tecnos.

Kant, Immanuel (1994b). “Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor”. En Kant, I. Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia. Traducción de Concha Roldán Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo. 2ª ed. Madrid, Tecnos.

Kant, Immanuel (2004a). “Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?”. Traducción de Roberto R. Aramayo. En Kant I. ¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia. Madrid, Alianza, pp. 81-93.

Kant, Immanuel (2004b). “En torno al tópico: «eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica». Traducción de Roberto R. Aramayo y M. Francisco Pérez López. En Kant I. ¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia. Madrid, Alianza, pp. 179-204.

Kant, Immanuel (2007a). Crítica de la razón práctica. Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid, Alianza.

Kant, Immanuel (2007b). Crítica del juicio. Traducción de Alejo García Moreno y Juan Ruvira. [Base de datos en línea] Biblioteca Virtual Universal, disponible: 16 de junio de 2007, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89687.pdf>.

Kant, Immanuel (2007c). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. [Base de datos en línea] Biblioteca Virtual Universal, disponible: 16 de septiembre de 2007, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/133551.pdf>.

Kant, Immanuel (2007d). La paz perpetua. [Base de datos en línea] Biblioteca Virtual Universal, disponible: 16 de septiembre de 2007, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf>.

Kant, Immanuel (2008). Crítica de la razón pura. [Base de datos en línea] Biblioteca Virtual Universal, disponible: 18 de julio de 2008, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89799.pdf>.

Kelsen, Hans (1979). Teoría pura del derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo. México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen, Hans (1997). El Estado como integración. Una controversia de principio. Traducción de Juan Antonio García Amado. Madrid, Tecnos.

Kelsen, Hans (2000). ¿Qué es la justicia? Traducción de Leonor Calvera. elaleph.com. [Base de datos en línea] Scribd, disponible: 2 de febrero de 2009, <http://d.scribd.com/docs/22ws2leyyrqvbvd16bo2.pdf>.

Kelsen, Hans (2001). Introducción a la teoría pura del derecho. 3ª ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Kirchheimer, Otto (1980). “El camino hacia el partido de todo el mundo”. En Lenk, Kurt y Neumann, Franz. Teoría y sociología críticas de los partidos políticos. Traducción de Ignacio de Otto. Barcelona, Anagrama, pp. 328-387.

Krennerich, Michael y Góngora Mera, Manuel Eduardo (2009). Los derechos sociales en América Latina. Desafíos en justicia, política y economía. [Base de datos en línea] Centro de

Derechos Humanos de Nuremberg, disponible: 4 de abril de 2009, http://www.menschenrechte.org/archivos_pdf/DESC.pdf.

Kriele, Martin (1980). Introducción a la teoría del Estado. Traducción de Eugenio Bulygin. Buenos Aires, Depalma.

Kropotkin, Piotr (2008). El apoyo mutuo. [Base de datos en línea] Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, disponible: 8 de diciembre de 2008, <http://bivir.uacj.mx/LibrosElectronicosLibres/Autores/PedroKropotkin/Kropotkin,%20Pedro%20-%20El%20apoyo%20mutuo.pdf>.

Küng, Hans (1999). Una ética mundial para la economía y la política. Traducción de Gilberto Canal Marcos. Madrid, Trotta.

Küng, Hans y Kuschel, Karl-Josep (1994). Hacia una ética mundial: Declaración del Parlamento de las Religiones del Mundo. Traducción de José María Bravo Navalpotro y Agustín Serrano de Haro. Madrid, Trotta.

Kymlicka, Will (1996a). Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Traducción de Carmen Castells Auleda. Barcelona, Paidós.

Kymlicka, Will (1996b). "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal". Isegoría. 14, pp. 5-36.

Landa, César (2002). "Dignidad de la persona". Cuestiones constitucionales. 7, pp. 109-138.

Las Casas, Bartolomé de (1965). Historia de las Indias. En Obras completas. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, t. II.

Lenin, Vladimir Il'ich (1978). ¿Qué hacer? Varios traductores. 2ª ed. Madrid, Akal.

Lenski, Gerhard (1969). Poder y privilegio. Teoría de la estratificación social. Traducción de Roberto Bixio. Buenos Aires, Paidós.

- Lobato, Abelardo (1997). Dignidad y aventura humana. Madrid-Salamanca, Edibesa-San Esteban.
- Lobato, Abelardo (1990). “La dignidad del hombre en Santo Tomás de Aquino”. Cartaginensia. 9, pp. 131-162.
- Locke, John (1976). Ensayo sobre el gobierno civil. Traducción de Amando Lázaro Ros. Madrid, Aguilar.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia (2008). “La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados”. Cuadernos de investigación (Escuela de Derecho – EAFIT), 17.
- López Garrido, Diego (1993). “Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. 15, pp. 79-92.
- Löwy, Michael (2004). “Le concept d’affinité élective chez Max Weber”. Archive de Sciences Sociales. 127, pp. 93-103.
- Luhmann, Niklas (1998). Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general. Traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona, Anthropos.
- Macpherson, Crawford B. (1982). La democracia liberal y su época. Traducción de Fernando Santos Fontenla. Madrid, Alianza.
- Mainetti, José Alberto (2008). “De hominis infirmitate”. [Base de datos en línea] Revista electrónica El Hilo de Ariadna, disponible: 10 de julio de 2008, http://www.elhilodeariadna.org/articulos/volumen3/art34_ppal.asp.
- Malinverni, Giorgio (1987). Droit constitutionnel. Genève, Université du Canton de Genève.
- Mandeville, Bernard de (1982). La fábula de las abejas. Los vicios privados hacen la prosperidad pública. Traducción de José Ferrater Mora. México, Fondo de Cultura Económica.

- Mardones, José María (1989). “La *kulturkampf* del neoconservadurismo americano”. Sistema. 91, pp. 57-81.
- Marina, José Antonio y De La Válgoma, María (2000). La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política. Barcelona, Anagrama.
- Maritain, Jacques (1986). El hombre y el Estado. Traducción de Juan Miguel Palacios. Madrid, Encuentro.
- Maritain, Jacques (2001). Los derechos del hombre y la ley natural. Cristianismo y democracia. Traducción de Antonio Esquivias. Madrid, Palabra.
- Martín Velasco, Juan (2008). Pluralismo religioso. El desafío del siglo XXI a las religiones. [Base de datos en línea] Asociación para el Diálogo Interreligioso – Comunidad de Madrid, disponible: 2 de julio de 2008, www.adimadrid.com/archivos/080405_juan_%20martin_velasco_pluralismo_religioso.
- Martínez Porcell, Juan (2004). “Personalismos actuales y persona en Santo Tomás”. e-Aquinas (agosto de 2004). [Base de datos en línea] Instituto Santo Tomás – Fundación Balmesiana, disponible: 21 de julio de 2008, www.e-aquinas.net/epoca1/persona-y-relacion-interpersonal/1091020816.pdf.
- Martínez Real, Francisco Javier (1997). “¿Súbditos o ciudadanos? Los límites de la democracia liberal”. Estudios filosóficos. 133, pp. 477-521.
- Martínez Real, Francisco Javier (1998). “Entre la virtud y la eficiencia: teoría económica y ética”. Estudios filosóficos. 136, pp. 473-519.
- Martínez Real, Francisco Javier (1999). “A vueltas con la nación. Política y cultura”. Estudios filosóficos. 139, pp. 519-563.
- Martínez Real, Francisco Javier (2000). “¿Por quién doblan las campanas? La ideología del final”. Estudios filosóficos. 142, pp. 473-520.

- Martínez Real, Francisco Javier (2003). “La justicia y el amor, la Iglesia y el Estado. Paráfrasis de «Deus caritas est»”. Revista UNIBE de Ciencia y Cultura. Vol. XIV (2003-2005), pp. 25-35.
- Martínez Sospedra, Manuel (1996). Introducción a los partidos políticos. Barcelona, Ariel,.
- Marx, Karl (1981). Manuscritos de economía y filosofía. Traducción de Francisco Rubio Llorente. 10ª ed. Madrid, Alianza.
- Marx, Karl (1992). La cuestión judía. En La cuestión judía y otros escritos. Traducción de José María Ripalda. Barcelona, Planeta-Agostini.
- Marx, Karl (2008). Tesis sobre Feuerbach, VI. [Base de datos en línea] Universidad Autónoma de Madrid, disponible: 9 de diciembre de 2008, http://www.uam.es/departamentos/economicas/sociologia/Tesis_Feuerbach_Marx.pdf.
- Marx, Karl y Engels, Friedrich (1986). Manifeste du parti communiste. Paris, Éditions Sociales.
- Melendo, Tomás (2008). Metafísica de la dignidad humana. [Base de datos en línea] Depósito Académico Digital Universidad de Navarra, disponible: 7 de julio de 2008, <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/570/2/melendo94.pdf>.
- Metz, Johann Baptist (1972). Antropocentrismo cristiano. Sobre la forma de pensamiento de Tomás de Aquino. Salamanca, Sígueme.
- Michelén, Sugel (2000). ¿Animales racionales? [Base de datos en línea] Conciencia animal, disponible: 16 de marzo de 2009, <http://www.conciencia-animal.cl/paginas/temas/temas.php?d=1337>.
- Mill, John Stuart (1980). Sobre la libertad. Traducción de Josefa Sainz. Barcelona, Orbis.
- Miranda, José Porfirio (1996). Racionalidad y democracia. Salamanca, Sígueme.

- Mises, Ludvig von (1994). Liberalismo. Traducción de Joaquín Reig Albiol. Barcelona, Planeta-Agostini.
- Moderne, Frank (2008). El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina. [Base de datos en línea] Centro de Estudios Políticos y Sociales, disponible: 15 de noviembre de 2008, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_006_339.pdf.
- Montesquieu, Charles de Secondat, barón de (1993). Del Espíritu de las leyes. Traducción de Mercedes Blázquez. 2ª ed. Madrid, Tecnos.
- Moreno Lax, Violeta (2001). “Cuestiones acerca de la dignidad del hombre”. Anales de Derecho. 19. [Base de datos en línea] Universidad de Murcia, disponible: 23 de julio de 2008, <http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales19/violeta-moreno2.pdf>.
- Mouffe, Chantal (1988). “El liberalismo norteamericano y sus críticos: Rawls, Taylor, Sandel, Walzer”. Estudios. (invierno 1988). [Base de datos en línea] Biblioteca Raúl Baillères Jr., disponible: 29 de diciembre de 2008, http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras15/trad1/sec_8.html.
- Mounier, Emmanuel (1961a). Le personnalisme. 7^{ème} ed. Paris, Presses Universitaires de France.
- Mounier, Emmanuel (1961b). Manifeste au service du personnalisme. Paris, Éditions du Seuil.
- Mounier, Emmanuel (1994). “Projet d’une Déclaration des Droits des personnes et des collectivités”. Esprit (diciembre de 1994), pp. 118-127.
- Mulhall, Stephen y Swift, Adam (1996). El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas. Traducción de Enrique López Castelló, Madrid, Temas de Hoy.
- Musu, Ignazio y Zamagni, Stefano (1995). Introducción. En Consejo Pontificio Justicia y Paz. Aspectos éticos y sociales de la economía. Traducción de José Miguel Martín. Madrid, PPC, pp. 5-21.

- Nietzsche, Friedrich (1997). Más allá del bien y del mal. Traducción de Andrés Sánchez Pascual. Madrid, Alianza Editorial.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2003). Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México, Universidad Nacional Autónoma Nacional de México.
- Nordmann, Jean-Daniel (2008). Quelques questions sur les fondements des droits humains. [Base de datos en línea] Université d'été des droits de l'homme de Genève, disponible: 23 de marzo de 2008, <http://www.aidh.org/uni/biblio/pdf/1-2.pdf>.
- Novak, Michael (1987). Une éthique économique. Paris, Éditions du Cerf.
- Núñez, Alberto (2008). El budismo en Occidente. [Base de datos en línea] Editorial Mensajero, disponible: 23 de julio de 2008, <http://www.mensajero.com/detallenoticia.php?noticia=64>.
- O'Donnell, Guillermo (2004). "Notas sobre la democracia en América Latina". En Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. La democracia en América Latina. El debate conceptual sobre la democracia. Madrid, Aguilar, pp. 11-82.
- Ollero, Andrés (2007). Derechos humanos. Entre la moral y el derecho. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Orozco Henríquez, J. Jesús (1987). "Los «derechos humanos» y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo". En Tamayo y Salmorán, Rolando y Cáceres Nieto, Enrique. Teoría del derecho y conceptos dogmáticos. México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 23-39.
- Ospina Echeverri, Marta Cecilia (2008). La democracia ateniense. [Base de datos en línea] Biblioteca Virtual de Antioquia, disponible: 20 de diciembre de 2008, http://biblioteca-virtualantioquia.udea.edu.co/pdf/11/11_1327564096.pdf.

- Ossipow, William (1985). “Le néo-libéralisme, expression savante de l’imaginaire marchand”. En Bacot, Paul et Journès, Claude. Les nouvelles idéologies. Lyon, Presses Universitaires de Lyon, pp. 13-30.
- Ossipow, William (1994a). “Le système politique suisse ou l’art de la compensation”. En Papadopoulos Yannis (éd.). Élites politiques et peuple: analyse des votations fédérales. Lausanne, Réalités Sociales, pp. 9-56.
- Ossipow, William (1994b). “Niklas Luhmann’s sociology of the economic system: some moral implication”. En Lewis, Alan y Wärneryd, Karl-Erik. Ethics and economic affairs. London/New York, Routledge, pp. 297-312.
- Ossipow, William (2008). Limites de la métaphore technique de la fiabilité por l’étude des systèmes sociaux. [Base de datos en línea] Université de Genève, disponible: 30 de mayo de 2008, www.unige.ch/ses/spo/recherches-publications/travaux/no9412.pdf.
- Osuna Fernández-Largo, Antonio (2001). Teoría de los derechos humanos. Madrid-Salamanca, Edibesa-San Esteban.
- Osuna Fernández-Largo, Antonio (2002). Los derechos humanos. Ámbitos y desarrollo. Madrid-Salamanca, Edibesa-San Esteban, 2002.
- Ovidio, Publio (2008). Metamorfosis. [Base de datos en línea] Sociedad Española de Pediatría, disponible: 4 de julio de 2008, <http://www.sepeap.es/libros/literatura/Siglo%20I%20ac%20-%20-%20Publius%20Ovidius%20Naso%20-%20Metamorfosis.pdf>.
- Palombella, Gianluigi (1999a). Constitución y soberanía. Traducción de José Calvo González. Granada, Editorial Comares.
- Palombella, Gianluigi (1999b). “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”. Doxa. 22 (1999), pp. 525-579.
- Panbianco, Angelo (1990). Modelos de partido. Traducción de Mario Trinidad. Madrid, Alianza.

- Paniagua Corazao, Valentín (2008). Democracia y política en el pensamiento de Norberto Bobbio. [Base de datos en línea] Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, disponible: 29 de diciembre de 2008, <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2198/4.pdf>.
- Papini, Giovanni (1957). Obras. Traducción de José Miguel Velloso Coca. Madrid, Aguilar.
- Pascal, Blaise (2008). Pensées sur la religion et sur quelques autres sujets. [Base de datos en línea] Albert Ludwigs – Universität Freiburg, disponible: 8 de julio de 2008, <http://www.ub.uni-freiburg.de/referate/04/pascal/pensees.pdf>.
- Pasquino, Gianfranco (1988). “Participación política, grupos y movimientos”. En Varios autores. Manual de ciencia política. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Madrid, Alianza, pp. 170-211.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (1994). “La universalidad de los derechos humanos”. Doxa. 15-16 (1994), pp. 613-633.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (2002). La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho. Madrid, Dykinson.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (2007). De la miseria del hombre a la dignidad humana. [Base de datos en línea] Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, disponible: 29 de noviembre de 2007, <http://www.racmyp.es/noticias/2007/2007-06-12%20%20Peces%20Barba.pdf>.
- Péguy, Charles (2009). Note conjointe sur M. Descartes et la philosophie cartésienne. Citado en [Base de datos en línea] Dictionnaire des citations politiques. Disponible: 25 de febrero de 2009, http://www.citationspolitiques.com/theme.php3?id_mot=94.
- Pelé, Antonio (2004). “Una aproximación al concepto de dignidad humana”. Universitas. 1 (2004-2005), pp. 9-13.

- Pericles (2008). Discurso fúnebre. Referido por Tucídides. Guerra del Peloponeso. [Base de datos en línea] Centro de Estudios Públicos de Chile, disponible: 26 de diciembre de 2008, www.cepchile.cl/dms/archivo_1854_18/rev11_tucidides.pdf.
- Pico della Mirandola, Giovanni (1984). De la dignidad del hombre. Traducción de Luis Martínez Gómez. Madrid, Editora Nacional.
- Pino Coviello, Álvaro M. (2009) Construcción de la memoria: aportes metodológicos de la comunicación a la historia oral. [Base de datos en línea] Universidad Católica de Salta, disponible: 28 de enero de 2009, http://www.ucasal.net/novedades/archivos/redcomp-nencia/Eje6/Mesa6-5/Pino-Coviello_PN_.pdf.
- Pintore, Anna (2000). “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”. Doxa. 23, pp. 119-144.
- Pintore, Anna (2001). “Derechos insaciables”. En De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, pp. 243-265.
- Piñón, Francisco (1989). Gramsci: Prolegómenos, Filosofía y Política. México, Plaza y Valdés.
- Pío XI (1999). “Quadragesimo anno”. En Once grandes mensajes. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, pp. 63-120.
- Pisarello, Gerardo (2001). “Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”. Isonomía. 15, pp. 81-107.
- Platón (1979). La república. Traducción de Patricio de Azcárate Diz. Madrid, Espasa-Calpe.
- Prieto López, Leopoldo (2008). El hombre y el animal: nuevas fronteras de la antropología. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.
- Prieto Sanchís, Luis (1990). Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid, Debate.
- Prieto Sanchís, Luis (2003). Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta.

- Rahula, Venerable Walpola (2008). Aspectos fundamentales del budismo. [Base de datos en línea] Budismo.net, disponible: 23 de julio de 2008, <http://www.budismo.net/index.php>.
- Rawls, John (1978). Teoría de la justicia. Traducción de María Dolores González. México. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, John (1996). El liberalismo político. Traducción de Antoni Domènech. Barcelona, Crítica.
- Rawls, John (1997). “El derecho de gentes”. Isegoría. 16, pp. 5-36.
- Rawls, John (1998). “Réplica a Habermas”. En Habermas, Jürgen y Rawls, John. Debate sobre el liberalismo político. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona, Paidós, 1998, pp. 75-143.
- Resnick, Philip (2007). La democracia del siglo XXI. Traducción de Ángeles Cruzado Rodríguez. Barcelona, Anthropos, pp. 38-39.
- Revista Cubana de Investigación Biomédica (1997). “Editorial. Ciencia y pseudociencia: una distinción crucial”. Revista Cubana de Investigación Biomédica. 16, pp. 78-82.
- Ritzer, George (1993). Teoría sociológica clásica. Traducción de María Teresa Casado Rodríguez. Madrid, McGraw Hill.
- Rolla, Giancarlo (2002). “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. 6, pp. 463-490.
- Rolla, Giancarlo (2007). La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano. [Base de datos en línea] Facoltà de Giurisprudenza – Università degli studi di Genova, disponible: 1 de junio de 2007, <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf>.
- Román Maestre, Begoña (2008). Nuevas perspectivas en la educación moral: epicúreos y estoicos. [Base de datos en línea] Cátedra Ethos – Universitat Ramon Llull, disponible: 2 de

julio de 2008, <http://ethos.url.edu/attachments/Nuevas%20perspectivas%20de%20la%20educacion.pdf>.

Rousseau, Jean-Jacques (1983). El contrato social. Traducción de Enrique Azcoaga. Madrid, Sarpe.

Rousseau, Jean-Jacques (2008). Emilio o la educación. [Base de datos en línea] Biblioteca Gratis.com, disponible: 14 de julio de 2008, http://www.bibliotecagratis.com/autor/J/jean_jacques_rousseau/emilio.htm.

Ruipérez, Javier (2008). Constitución y democracia. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social. [Base de datos en línea] Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible: 5 de diciembre de 2008, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/12/est/est4.pdf>.

Saldaña Serrano, Javier (2000). “¿Sirve el consenso para fundamentar los derechos humanos? Un breve análisis a dos intentos de fundamentación de los derechos humanos desde el consenso (Norberto Bobbio y Chaim Perelman)”. En Saldaña, Javier (coord.). Problemas actuales de derechos humanos. Una propuesta filosófica. México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 197-214.

Samuel, Albert (2000). Para comprender las grandes religiones de nuestro tiempo. Estella, Verbo Divino.

Samuelson, Paul Anthony (1996). Economía desde el corazón. Barcelona, Folio.

Sánchez Urrutia, Ana Victoria (2000). “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”. Revista Española de Derecho Constitucional. 58, pp. 105-135.

Sandkühler, Hans Jörg (2008). La dignité humaine et la transformation des droits moraux en droit positif. [Base de datos en línea] UNESCO-Universität Bremen, disponible: 19 de enero de 2008, <http://www.unesco-phil.uni-bremen.de/texte/La%20dignit%E9%20humaine.pdf>.

- Sarazá Jimena, Rafael (2008). Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares. Logroño, Universidad de la Rioja, 2008.
- Sartori, Giovanni (1992). Elementos de Teoría Política. Traducción de María Luz Morán. Madrid, Alianza Editorial.
- Sartori, Giovanni (1988). Teoría de la democracia. Traducción de Santiago Sánchez González. Madrid, Alianza.
- Schmitt, Carl (1941a). El concepto de la política. En Schmitt, Carl. Estudios políticos. Traducción de Francisco Javier Conde. Madrid, Ed. Cultura Española, pp. 109-191.
- Schmitt, Carl (1941b). Teología política. En Schmitt, Carl. Estudios políticos. Traducción de Francisco Javier Conde. Madrid, Ed. Cultura Española, pp. 33-108.
- Schumpeter, Joseph Alois (1984). Capitalismo, socialismo y democracia. Traducción de José Díaz García. Barcelona, Orbis.
- Sciacca, Michele Federico (1962). Historia de la filosofía. Traducción de Juan José Ruiz Cuevas. 4ª ed. Barcelona, Luis Miracle.
- Seifert, Josef (2008). Dignidad humana: dimensiones y fuentes en la persona humana. [Base de datos en línea] Depósito Académico Digital Universidad de Navarra, disponible: 3 de julio de 2008, <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/2597/1/Seifert,%20J.pdf>.
- Sen, Amartya (1986). “Los tontos racionales: una crítica de los fundamentos conductistas de la teoría económica”. En Hahn, Frand y Hollis Martin (comps.). Filosofía y teoría económica. México, Fondo de Cultura Económica, pp. 172-217.
- Sen, Amartya (2000). Desarrollo y libertad. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Barcelona, Planeta.
- Sen, Amartya (2001). “Derechos humanos y valores asiáticos”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. 35, pp. 129-147.

- Sierra Valentí, José Luis (2008). Curso sobre el hecho religioso. [Base de datos en línea] Escuela de Religiones, Ecumenismo y Sectas, disponible: 23 de julio de 2008, <http://www.dominicos.org/estudiar/esre11/cur1/elbudismo2.htm>.
- Silva-Herzog Márquez, Jesús (2004). “Norberto Bobbio: el profesor vacilante”. Letras libres. (Marzo de 2004). [Base de datos en línea] Article Archives, disponible: 30 de diciembre de 2008, <http://www.articlearchives.com/1542156-1.html>.
- Smend, Rudolf (1985). Constitución y derecho constitucional. Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Smend, Rudolf (2005). Ensayos sobre la libertad de expresión y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán. Traducción de Joaquín Brage Camazano. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Smith, Adam (1994). La riqueza de las naciones. Traducción de Carlos Rodríguez Braun. Madrid, Alianza.
- Smith, Adam (1997). La teoría de los sentimientos morales. Traducción de Carlos Rodríguez Braun. Madrid, Alianza.
- Solozábal, Juan José (2000). “Nacionalismo y democracia”. El País, 29 de marzo de 2000.
- Spector, Horacio (2001). “La filosofía de los derechos humanos”. Isonomía. 15), pp. 7-53.
- Stigler, George J. (1987). El economista como predicador y otros ensayos. Traducción de Jorge Pascual Sancho. Barcelona, Folio.
- Taboada, Julieta (2008). La democracia semidirecta en América Latina. Documentos de trabajo del “Observatorio electoral latinoamericano”. [Base de datos en línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible: 15 de diciembre de 2008, <http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/5221-07/900.pdf>.

- Taguieff, Pierre-André (1987). La force du préjugé. Essai sur le racisme et ses doubles. Paris, La Découverte.
- Taylor, Charles (1993). El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”. Traducción de Mónica Utrilla. México, Fondo de Cultura Económica.
- Tezanos, José Félix (1994). “Política económica y social: el futuro del Estado de Bienestar”. En Varios autores. La socialdemocracia ante la economía de los años noventa. Madrid, Sistema, pp. 69-103.
- Tönnies, Ferdinand (1975). “Communauté et société”. En Birnbaum, Pierre y Chazel, François (comps.). Théorie sociologique. Paris, Presses Universitaires de France, pp. 142-144.
- Torija Rodríguez, José Javier (2008). La guerra de los campesinos. [Base de datos en línea] Contrainformación en red, disponible: 8 de julio de 2008, <http://www.nodo50.org/democrito/descargas/campesinos.pdf>.
- Touraine, Alain (1992). Critique de la modernité. Paris, Fayard.
- Trías Monge, José (2000). Teoría de la adjudicación. San Juan, Universidad de Puerto Rico.
- Trigo Sánchez, María (2009). Derecho natural. Lecciones de teoría del derecho. [Base de datos en línea] Análisis y Diseño de Aplicaciones Lógicas, disponible: 18 de febrero de 2009, <http://www.adalog.es/juegosjuridicos/documentos%5C1000371.htm>.
- Valcárcel, Amelia (2002). Ética para un mundo global. Madrid, Temas de Hoy.
- Vallespín, Fernando (1998). “Introducción. Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas”. En Habermas, Jürgen y Rawls, John. Debate sobre el liberalismo político. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona, Paidós, pp. 9-37.
- Velasco, Demetrio (1991). “La doctrina social de la Iglesia en el contexto de las ideologías”. Iglesia viva. 153/154, pp. 311-324.

- Velasco Arroyo, Juan Carlos (1999). “En lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”. Isegoría. 21, pp. 49-68.
- Vidal, Marciano (1994). ¿Podemos bautizar el capitalismo? Juicio ético al capitalismo. Madrid, San Pablo.
- Villey, Michel (2008). Grocio y el derecho. [Base de datos en línea] Universidad del Salvador, disponible: 9 de julio de 2008, [http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/Grocio %20y%20el%20Derecho.pdf](http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/Grocio%20y%20el%20Derecho.pdf).
- Viola, Francesco (2006). La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo. Traducción de Javier Saldaña. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vitale, Ermanno (2001a). “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo”. En De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, pp. 267-285.
- Vitale, Ermanno (2001b). “¿Teoría general del derecho o fundación de una República óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”. En De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, pp. 63-73.
- Vitale, Ermanno (2002). “Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales”. Isonomía. 16, pp. 39-52.
- Walzer, Michael (1993). Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad. Traducción de Heriberto Rubio. México, Fondo de Cultura Económica.
- Walzer, Michael (1998). “La idea de sociedad civil. Una vía de reconstrucción social”, en Águila Tejerina, Rafael del (coord.). La democracia en sus textos. Madrid, Alianza.
- Weber, Luc (1988). L'État, acteur économique. Paris, Économica.

Weber, Max (1964). Economía y sociedad. Varios traductores. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica.

Weber, Max (1994a). El político y el científico. Traducción de Francisco Rubio Llorente. Madrid, Alianza.

Weber, Max (1994b). La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Traducción de Luis Legaz Lacambra. 13ª ed. Barcelona, Península.

Willaime, Jean-Paul (1990). “État, éthique et religion”. Cahiers internationaux de sociologie. 87, pp. 190-213.

Williams, Thomas (2003). “La dignidad de la persona humana”. Ecclesia. Vol. XVII, 1, pp. 29-36.

Yturbe, Corina (2001). Pensar la democracia: Norberto Bobbio. México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Zagrebelsky, Gustavo (1997). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid, Trotta.

Zagrebelsky, Gustavo (2007). Jueces constitucionales (Discurso con ocasión del la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional italiana). [Base de datos en línea] Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, disponible: 8 de julio de 2007, http://www.iidpc.org/pdf/doctrina_r6Zagrebelsky.pdf.

Zanotti, Gabriel G. (2008). Dignidad humana y derechos de la persona: ¿cristianismo o Kant? [Base de datos en línea] Instituto Acton Argentina, disponible: 15 de julio de 2008, www.institutoacton.com.ar/articulos/gzanotti/artzanotti19.doc.

2. Cartas, Declaraciones y Tratados internacionales

Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (XVIIIª) (1981). Carta africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (27 de julio de 1981).

[Base de datos en línea] Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible: 19 de junio de 2008, www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (1969). Convención americana sobre derechos humanos (22 de noviembre de 1969). [Base de datos en línea] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible: 19 de junio de 2008, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (1988). Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos económicos, sociales y culturales (17 de noviembre de 1988) [Base de datos en línea] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible: 27 de mayo de 2008, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos4.htm>.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1948a). Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (9 de diciembre de 1948). [Base de datos en línea] Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible: 19 de junio de 2008, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0023.pdf>.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1948b). Declaración universal de derechos humanos (10 de diciembre de 1948). [Base de datos en línea] Organización de las Naciones Unidas, disponible, 12 de junio de 2008, <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1965). Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (21 de diciembre de 1965). [Base de datos en línea] Oficina del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible: 10 de febrero de 2009, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1966a). Pacto internacional de derechos civiles y políticos (16 de diciembre de 1966). [Base de datos en línea] Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible: 5 de julio de 2007, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0015.pdf>.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1966b). Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (16 de diciembre de 1966). [Base de datos en línea] Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible: 5 de julio de 2007, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0014.pdf>.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1992). Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (18 de diciembre de 1992). [Base de datos en línea] Oficina del Alto Comisariado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible: 27 de mayo de 2008, http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/d_minori_sp.htm.

Asamblea Mundial de “Religiones por la Paz” (VIIIª) (2006). Declaración de Kioto: confrontando la violencia y fomentando la seguridad compartida (29 de agosto de 2006). [Base de datos en línea] World Conference of Religions for Peace, disponible: 2 de julio de 2008, [www.wcrp.org/files/Kyoto%20Declaration-2006-\(Spanish\).doc](http://www.wcrp.org/files/Kyoto%20Declaration-2006-(Spanish).doc).

Asamblea Nacional Francesa (1789). Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789). [Base de datos en línea] Amnistía Internacional – Catalunya, disponible: 3 de enero de 2008, <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-paris-1789.html>.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional (1945). Carta de las Naciones Unidas (26 de junio 1945). [Base de datos en línea] Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible: 5 de julio de 2007, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0002.pdf>.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (1991). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (5 de septiembre de 1991). [Base de datos en línea] Oficina del Alto Comisariado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible: 9 de junio de 2008, http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/62_sp.htm.

Conferencia Internacional Americana (IX^a) (1948). Carta de la Organización de los Estados Americanos (30 de abril de 1948) [Base de datos en línea] Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible: 24 de marzo de 2007, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0035.pdf>.

Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores (XIX^a) (1990). Declaración de derechos humanos en el Islam (5 de agosto de 1990). [Base de datos en línea] Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, disponible: 23 de julio de 2008, <http://acnur.org/biblioteca/pdf/5549.pdf>.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993). Declaración y programa de acción de Viena (25 de junio de 1993). [Base de datos en línea] Oficina del Alto Comisariado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible: 8 de febrero de 2009, [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/a.conf.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/a.conf.157.23.Sp?OpenDocument).

Consejo de la Liga de los Estados Árabes (1994). Carta árabe de los derechos del hombre (15 de septiembre de 1994) [Base de datos en línea] University of Minnesota, disponible: 23 de julio de 2008, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/arabcharter.html>.

Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (12 de junio de 1776). [Base de datos en línea] Amnistía Internacional – Catalunya, disponible: 3 de enero de 2008, <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>.

Declaración de independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776). [Base de datos en línea] The National Archives, disponible: 22 de enero de 2007, <http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>.

Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas (2008). Proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas. [Base de datos en línea] Centro de Información de las Naciones Unidas, disponible: 9 de junio de 2008, <http://www.cinu.org.mx/prensa/temas/ind/dectxt.htm>.

Liga Internacional de los Derechos del Animal (1977). Declaración universal de los derechos del animal (23 de septiembre de 1977). [Base de datos en línea] Eikasia – Revista de Filosofía, disponible: 16 de marzo de 2009, <http://www.revistadefilosofia.com/11-06.pdf>.

Parlamento Mundial de las Religiones (1993). Principios de una ética mundial (4 de septiembre de 1993). En Küng, Hans y Kuschel, Karl-Josep. Hacia una ética mundial: Declaración del Parlamento de las Religiones del Mundo. Traducción de José María Bravo Navalpotro y Agustín Serrano de Haro. Madrid, Trotta.

Parlamento Europeo, Consejo y Comisión (2000). Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (7 de diciembre del 2000). [Base de datos en línea] Parlamento Europeo, disponible: 11 de mayo de 2008, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

3. Constituciones

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [Base de datos en línea] Gobierno Bolivariano de Venezuela, disponible 17 de febrero de 2009, <http://www.cicpc.gov.ve/templates/constitucion.pdf>.

Constitución de la República de Sudáfrica. [Base de datos en línea] Embajada de Sudáfrica en Buenos Aires, disponible; 20 de enero de 2009, <http://www.southafrica.org.ar/pdf/Constitutionesp.pdf>.

Constitución de la República Dominicana. Santo Domingo, Suprema Corte de Justicia, 2006.

Constitución de la República Islámica de Irán. [Base de datos en línea] Agencia de noticias IRNA, disponible: 29 de julio de 2008, <http://www2.irna.ir/occasion/iran86/index.htm>.

Constitución de la República Italiana. [Base de datos en línea] Consejo Económico y Social de España, disponible: 12 de junio de 2008, <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>.

Constitución de la República Portuguesa. [Base de datos en línea] Viaje Universal, disponible: 20 de marzo de 2009, <http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>.

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. [Base de datos en línea] Universidad de Buenos Aires, 15 de marzo de 2008, <http://www.dpi.bioetica.org/legisdpi/us1.htm>.

Constitución española. [Base de datos en línea] Senado de España, disponible: 1 de junio de 2008, http://www.senado.es/constitu/indices/consti_esp.pdf.

Constitución federal de la Confederación Suiza. [Base de datos en línea] Congreso Nacional de Chile, disponible: 20 de marzo de 2009, http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-10-03.3593367151/legislacion-extranjera/constitucion%20suiza.pdf.

Constitución política de Bolivia. [Base de datos en línea] Presidencia de la República de Bolivia, disponible: 17 de febrero de 2009, <http://www.presidencia.gob.bo/asamblea>.

Constitución política de Colombia. [Base de datos en línea] Consejo Nacional de Acreditación, disponible: 24 de octubre de 2008, <http://www.cna.gov.co/cont/documentos/legislacion/constitucion.pdf>.

Constitución política de la República de Chile. [Base de datos en línea] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible: 2 de marzo de 2009, <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/242302.pdf>.

Constitución política de la República del Ecuador. [Base de datos en línea] Corte Constitucional del Ecuador, disponible: 17 de febrero de 2009, <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/constitucion.pdf>.

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. [Base de datos en línea] Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, disponible: 24 de octubre de 2008, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>.

Constitución política del Perú. [Base de datos en línea] Congreso de la República del Perú, disponible: 20 de marzo de 2009, <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>.

Ley fundamental de la República Federal de Alemania. [Base de datos en línea] Red Académica de Derecho Constitucional, disponible: 1 de junio de 2008, <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>.

4. Jurisprudencia y opiniones consultivas

Conde Martín de Hijas, Vicente (2001). “Voto discrepante”. En Tribunal Constitucional de España. Sentencia 175/2001. [Base de datos en línea] Tribunal Constitucional de España, disponible: 27 de febrero de 2009, <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2001/STC 2001-175.html>.

Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia C-542/93. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 27 de octubre de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia T-123/94. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 27 de octubre de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia T-881/02. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 27 de octubre de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia T 744/03. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 8 de febrero de 2009, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Constitucional de Colombia (2005a). Sentencia T-792/05. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 27 de octubre de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Constitucional de Colombia (2005b). Sentencia C-425/05. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 27 de octubre de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Constitucional de Colombia (2006a). Sentencia T-133/06. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 27 de octubre de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Constitucional de Colombia (2006b). Sentencia C-355/06. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 27 de octubre de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia T-321/07. [Base de datos en línea] Corte Constitucional de Colombia, disponible: 27 de octubre de 2008, <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84. [Base de datos en línea] Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible: 10 de febrero de 2009, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.doc.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC-17/2002. [Base de datos en línea] Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible: 10 de febrero de 2009, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Marshall, John (1803). Sentencia Marbury vs. Madison (24 de febrero de 1803) [Base de datos en línea] Universidad de Valladolid, disponible: 3 de diciembre de 2008, http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/marbury_madison.html.

Tribunal Constitucional de España (1981a). Sentencia 9/1981. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 26 de noviembre de 2008, http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1981-0009.

Tribunal Constitucional de España (1981b). Sentencia 11/1981. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 7 de marzo de 2009, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1981-0011.

Tribunal Constitucional de España (1981c). Sentencia 25/1981. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 19 de septiembre de 2008, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1981-0025.

Tribunal Constitucional de España (1983). Sentencia 39/1983. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 2 de marzo de 2009, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0039.

Tribunal Constitucional de España (1985). Sentencia 53/1985. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 2 de marzo de 2009, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053.

Tribunal Constitucional de España (1988). Sentencia 64/1988. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 14 de junio de 2008, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1988-0064.

Tribunal Constitucional de España (1990). Sentencia 120/1990. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 11 de febrero de 2009, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1990-0120.

Tribunal Constitucional de España (1995). Sentencia 139/1995. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 14 de junio de 2008, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1995-0139.

Tribunal Constitucional de España (1996). Sentencia 211/1996. [Base de datos en línea] Ministerio de la Presidencia, disponible: 14 de junio de 2008, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1996-0211.

Tribunal Constitucional de España (1999). Sentencia 224/1999. [Base de datos en línea] Universidad Complutense de Madrid, disponible: 18 de noviembre de 2008, <http://www.ucm.es/info/dinforma/profeso/Abad/STC/1999-224.pdf>.

Tribunal Constitucional de España (2000). Sentencia 91/2000. [Base de datos en línea] Universidad Carlos III de Madrid, disponible: 18 de noviembre de 2008, <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/no-es-extradicion.htm>.

5. Anteproyectos de reforma constitucional

Comisión de Juristas nombrada por la Presidencia de la República Dominicana para elaborar un Anteproyecto de reforma a la Constitución (2008). [Base de datos en línea] Diario Libre, disponible: 22 de abril de 2009, app2.diariolibre.com/util/reformajuristas.doc.

Poder Ejecutivo de la República Dominicana (2008). Anteproyecto de reforma constitucional. [Base de datos en línea] Diario Digital, disponible: 5 de diciembre de 2008, <http://www.diariodigital.com.do/articulo,33140,html>.

6. Informes

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto) (5º período de sesiones, 1990). [Base de datos en línea] Oficina del Alto Comisariado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible: 11 de abril de 2009, [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1997). Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 9. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos

económicos, sociales y culturales (17º período de sesiones, 1997). [Base de datos en línea] Universidad de Minnesota, disponible: 10 de abril de 2009, <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm9s.htm>.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2007). Gobernanza participativa e intervención de los ciudadanos en la elaboración de las políticas, la prestación de servicios y la presupuestación. New York, 10-13 de abril de 2007, n° 14. [Base de datos en línea] United Nations Public Administration Network, disponible: 9 de abril de 2009, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UN/UNPAN025377.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005). Informe anual 2005. [Base de datos en línea] Organización de Estados Americanos, disponible: 29 de diciembre de 2008, http://scm.oas.org/doc_public/spanish/hist_06/cp15829s14.doc.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000). Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación (13 de abril del 2000) [Base de datos en línea] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible: 10 de febrero de 2009, <http://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm>.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2004). La democracia en América Latina. Buenos Aires, Aguilar.